This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**Acerca de este libro**

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

**Normas de uso**

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

**Acerca de la Búsqueda de libros de Google**

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

ES PROPIEDAD
Quedan reservados
todos los derechos que marca
la ley.

# REVISTA GENERAL

DE

# LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

FUNDADA POR

D. JOSÉ REUS Y GARCÍA

DIRECTOR

Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

AÑO QUINCUAGÉSIMOSEGUNDO

TOMO 104

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de José María Sardá
Ronda de Atocha, 15, centro
1904

# PRINCIPIOS DEL DERECHO CONYUGAL

## I.—Sociología del matrimonio.

El concepto del Matrimonio, en su unidad é integridad, no es un concepto jurídico, sino sociológico. Toda institución social tiene un aspecto, sin duda, correspondiente al Derecho; pero éste no la crea, ni aun tomado, según todavía es uso dominante, como equivalente y reducido á «legislación». La misma superstición legislativa actual, que no es ciertamente novedad revolucionaria, sino que trae bastante más largo abolengo (1), no puede menos de limitar las funciones de la ley á consagrar los elementos reales de la vida, que preexisten por tanto á sus declaraciones, á protegerlos (al menos, tal es la teoría), por medio de una reglamentación, cuyo contenido está formado por preceptos positivos y negativos, mandatos y prohibiciones,

(1) Esta superstición es ya característica de la última parte de la Edad Media, donde engendra consiguientemente cierta petrificación en el desarrollo de sus instituciones, según Rashdall (*Boletín de la Institución libre de Enseñanza*, vol. 20, 1896). Pero cuando la importancia de la acción legislativa se acentúa más y más, es en las monarquías absolutas del Renacimiento, herederas de aquellos «legistas» del siglo XII (E. Descamps, *L'action du christianisme dans la science et dans les lois*), cuya representación pasa consecutivamente á los reyes filántropos, á las revoluciones modernas y á los parlamentos actuales (Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution*).—Hoy, después de tanta experiencia y del influjo de la escuela histórica y su consuetudinarismo, que relegaba á tan segundo término la acción legislativa, parece advertirse de nuevo cierta reacción en favor de ésta (compañera tal vez del renacimiento kantiano), que considera al Derecho, ante todo, como regla emanada del poder público: v. gr., Ihering, Merkel, Stammler, Neukamp, etc.

salvo las permisiones á que á veces se extiende—más ó menos útilmente, en cuanto á su eficacia exterior.

A dos métodos científicos cabe reducir en último extremo todos los enumerados y discutidos por los lógicos; á saber: el analítico, que parte de la intuición directa y real del objeto, tal como se nos da á conocer por sí mismo, y el sintético ó constructivo, que lo determina como parte de un todo y en relación con él; método, del cual es función esencial la especulativa, ilegítimamente hipertrofiada y dislocada por el idealismo. Las consideraciones siguientes obedecen al segundo de estos métodos. Son fragmentos de un estudio más amplio. Suponen presente ante nosotros el hecho actual del matrimonio—aquí, en la experiencia exterior é histórica— y elaborados reflexivamente sus datos permanentes en un concepto preliminar, que asimismo supone ya formado, aunque para proceder á su revisión. Prescinde, además, de la deducción y construcción (trascendental, metafísica) de este concepto en la unidad de sus relaciones, ó sea, en la concepción general del mundo y su principio, limitándose á determinarlo en el género á que inmediatamente pertenece, según debe ser hallado, como fruto del proceso analítico, en su último y superior grado de cuestiones (1).

En cuanto á la forma de esta exposición, no aspira á ser tampoco rigorosa y técnica, que se podría decir. No se dirige á un público profesional, para contribuir á la discusión y solución científica del problema á que se refiere; sino á todo lector medianamente culto, familiarizado con los términos de dicho problema, sobre el cual quiera ensanchar el horizonte de sus ideas y colocarse en otros puntos de vista que los que le son

(1) Sobre la verdadera concepción del análisis y la síntesis, sin lo cual estas dos palabras (de que tanto uso y abuso se suele hacer entre nosotros) sólo representan dos lugares comunes vagos é indefinidos, véase: Sanz del Río, en su exposición de la *Analítica* de Krause, 1860, lecciones 4, 28 y 29, y sus *Lecciones sobre el sistema de la Filosofía*, 1868, lec. 3.ª y 6.ª—Véase también Castro, *Metafísica*, tomo 2.º, cap. 1, 1893.

quizá habituales; no formar doctrina, ni conclusiones, que presenten pleno valor objetivo.

Por todo ello, este ensayo, privado, por una parte, de sus naturales fundamentos y apoyos, y presentado, por lo mismo, en forma un tanto dogmática y sólo como serie de notas particulares sobre puntos más ó menos coherentes, no pretende más—y ojalá lo consiguiese—que interesar á la opinión general culta sobre ciertos problemas, que hoy son objeto de preferente estudio.

### 1.—*Sociedades totales.*

El concepto de sociedad *total,* general, personal, fundamental, y aun territorial—que de todos estos modos (1) ha sido llamada—, es el de una comunidad de seres racionales (2), con la consiguiente cooperación de sus miembros, involuntaria ó voluntaria (3), que toda sociedad supone; sólo que en ésta es

(1) Giner (F.), *Estudios y fragmentos sobre la teoría de la persona social,* 1899, en especial, p. 228.—En cuanto á los nombres, Krause (á quien creo se deba en primer término esta clasificación) suele llamar á los grupos de carácter total sociedades y personas «fundamentales» *(Grundgesellschaften, höheren Grundpersonen);* Ahrens, ya las denomina «personas totales» *(Gesammtpersonen),* ya por medio de perífrasis; Röder sigue su ejemplo; Sanz del Río, en su refundición del *Ideal de la humanidad para la vida,* de Krause, les da el nombre de sociedades «personales», por oposición á las «reales», consagradas á los fines de la ciencia y el arte, y á las «formales», cuyos objetos son la moral, el derecho, la religión...; Azcárate las designa indistintamente como «totales» ó «fundamentales»; Schäffle, que tan de cerca sigue á Krause en esto, «territoriales». La última sociedad, en que todas se enlazan y contienen, es la Sociedad fundamental humana, como la llama Sanz del Río, en su *Ideal,* 2.ª ed., p. 37 *(Menschheitbund,* para Krause).

(2) En las sociedades animales, no parece que exista el tipo prefigurado de las sociedades especiales; pero sí el de las totales, y en varios grupos (familias, tribus, órdenes...).—Modernamente, donde puede hallarse tratado con más especialidad el problema de estas sociedades, después de su renovacion profunda por Darwin, es en Spencer, Romanes, Espinas y Wundt, aunque con muy distinto sentido en cada uno de ellos.

(3) Involuntarias, lo son siempre todas en cuanto á sus fundamentos y á los estímulos de que nacen; y voluntarias, lo son todas en gran parte tam-

sólo para hacer vida común, y por consiguiente, para la práctica y mutuo auxilio en *todos* los fines y necesidades de su vida. Se diferencian por esto de aquellas otras uniones, cuyos individuos no aportan sino ciertos elementos particulares de su naturaleza, ni por tanto se ayudan entre sí más que para tal ó cual obra y fin especial, á que dichos elementos corresponden.

Las primeras clases de sociedades se forman, merced á la convivencia inmediata de sus miembros en un determinado lugar: condición que en las sociedades especiales, como tales, no ya es accidental, sino que aun puede decirse que, las más de las veces, ni existe. Además, la adhesión y participación á cualquiera de los institutos organizados para un particular objeto es siempre potestativa; hasta el punto de que puede haber individuos que no pertenezcan, v. gr., á corporación alguna científica, confesión positiva religiosa, asociación benéfica, industrial, etc. Pues, por más que la práctica de estas relaciones, en tal ó cual modo, sentido y límite, sea siempre una necesidad del hombre, á la que no puede sustraerse, quiéralo y sépalo, ó no, cabe ejercitarlas aparte de toda organización concreta y definida. En cambio, todos pertenecemos indefectiblemente á una familia (1) y vivimos forzosamente en una comarca, y dentro de su organización, más ó menos desarrollada (v. gr., una ciudad), con todas las consecuencias jurídicas que este hecho trae consigo; y sin perjuicio, se entiende, de la movilidad y libertad del individuo (2) para cambiar de domi-

---

bién, por necesidad, en su evolución y funciones. Pero hay algunas que proceden, como obra instintiva y gradual, de un mero impulso; mientras que otras se forman por previa deliberación; si bien, como es natural, la reflexión jamás alcanza á predeterminar en qué vendrá á parar un día el nuevo órgano social, á cuya constitución, sin embargo, ha presidido.

(1) En el sentido moderno de procedencia mediante el vínculo de la sangre, de donde surgen las relaciones éticas consiguientes; aunque tal ó cual individuo se halle (ya normal, ya anormalmente) apartado y aun excluído de la vida común, propia de la sociedad que de aquel vínculo se deriva.

(2) Mientras más complicada y delicada es la estructura de un ser, ma-

cilio, sea por tiempo dado, sea de una manera más ó menos permanente, y aun para llevar una vida nómada, que se podría decir; como, por otra parte, extender sus relaciones reales y efectivas—y por tanto, de derecho también— á varias sociedades totales á un tiempo. Puede, por ejemplo, pertenecer, en cuanto á su vida, relaciones e intereses, á una ú otra nación (1), y aun en diversos respectos, á varias (2);

yor es su flexibilidad para adaptarse á condiciones diferentes de vida. Por esto, el hombre vive en todos los climas y hasta hace que vivan los otros seres, por el cultivo y la domesticación.—V. Huxley, *Ethics and evolutión.*

(1) La nacionalidad llamada «de origen», no es un vínculo ya hoy como el de la adscripción á la gleba (salvo en Rusia, donde el vínculo es indeleble), aunque todavía quedan bastantes restricciones al principio de la libre opción (Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé,* vol. I, París, 1892, ch. I. Ahora, cuando tanto influye la ausencia en la intensidad, continuidad y aun existencia de la comunidad de vida, ¿es cuestión ésta, que deba resolverse en el sentido del *animus*, ó en el de la efectividad real y objetiva de las relaciones, aparte la intención del sujeto y sin tomarla en cuenta? Aún no se ha llegado á una solución clara en este punto. El principio de la voluntad parece tal vez dominante en estos últimos tiempos, frente á los otros dos del origen y el territorio, que según Fernández Prida, sólo valen hoy como presunciones de voluntad *(juris tantum)*. Torres Campos, en sus *Bases de una legislación sobre extraterritorialidad* (Madrid, 1896, c. X), analiza estos casos, proponiendo que, frente al principio simplicista, ya de la nacionalidad, ya del domicilio, se aplique uno peculiar y distinto á cada grupo de relaciones. En Paulsen *(System der Ethik,* II, 1900, págs. 541 y 545) puede verse una de las más recientes exposiciones de la característica diferencial de estos dos principios, gentilicio y político, y del diverso modo como se verificó el tránsito del primero al segundo entre los griegos y romanos y entre los germanos. (En esto, sigue á Gierke.)

(2) Aunque necesariamente se impone, dista harto de ser reconocido todavía, el principio de la pluralidad de las nacionalidades en un mismo sujeto (individual ó social); ó si se quiere, más propiamente, de la pluralidad de «ciudadanías», como prefieren se diga Fiore y F. Prida, para distinguir, sobre todo el último, la cualidad *social* de miembro de la nación y la cualidad *jurídica* de miembro del Estado; por más que Weis no admite esta terminología, alegando que, especialmente en Francia, «ciudadano» se dice, no de todo miembro del Estado, sino sólo del que se halla «investido de la plenitud de derechos civiles y políticos: por ejemplo, el de sufragio.» *(Traité de droit international privé,* vol. I, París, 1892, ch. I). Pero es dudoso que tal haya

pero no renunciar á todas y quedar fuera de ellas (1).

La necesidad de esa convivencia personal inmediata se ma-

sido, precisamente en Francia, el sentido técnico de esta expresión en la *Declaración de derechos* del 89, que la usa indistintamente con las de «hombre» é «individuo», al enumerar facultades que nada tienen de políticas, no implicando participación alguna en el poder, ni aún mediante el sufragio: tales como el *habeas corpus*, la libertad de imprenta, etc., etc.

Volviendo ahora al expresado principio de la ciudadanía plural ó múltiple, si el derecho es una propiedad real de la vida, ceñida indivisamente á ésta, y no una entidad abstracta, una regla venida de otra fuente—v. gr., la voluntad del legislador, la razón subjetiva, etc.—, donde quiera que el sujeto actúa una relación de su vida, actúa inevitablemente una relación de derecho, y es miembro y partícipe, por tanto, de la respectiva sociedad jurídica. Los autores citan además ejemplos, más ó menos frecuentes, de acumulación de varias nacionalidades en un mismo individuo, incluso para ejercer funciones políticas en diversos Estados, que parece el caso más extremo ante las ideas ultranacionalistas hoy todavía reinantes. (Véase también la Sra. Arenal, *Ensayo sobre el derecho de gentes*, c. III). Bien es verdad que se suele considerar á estos fenómenos como viciosos y anómalos, deseando su desaparición: por ejemplo, Weiss, *Traité de droit international privé*, vol. I (París, 1892) ch. I.—Sin embargo, Conde y Luque, que en sus *Oficios del derecho internacional privado* (Madrid, 1901, p. 252 y sigs.), recoge muchos ejemplos antiguos y modernos, incluso actuales, de estas situaciones complejas, las estima como señales de que «la ciudadanía universal del extranjero es un ideal del derecho internacional privado, y que á lograrlo se encamina su progreso»; aunque, hoy por hoy, juzga «aspiración unánime del derecho científico» la ciudadanía única (camino, que ciertamente no parece el más directo para aquel fin). Pero el principio de la ciudadanía universal, en el sentido, v. gr., del derecho cosmopolítico de Kant, tiene tal vez otra significación que el de la pluralidad de ciudadanías: pues aquel se apoya en la idea de que cada hombre, como tal, sólo por ser hombre, es ciudadano de todos los Estados, con los consiguientes derechos, en nn como Estado general humano; mientras que el segundo principio lo hace ciudadano tan sólo de aquellas sociedades particulares, y entidades políticas por tanto, en cuyo seno ha desenvuelto y conserva relaciones efectivas, peculiares y concretas de su vida individual, uno de cuyos aspectos, el jurídico (pues como Krause y Savigny han mostrado—por distintos caminos—no es el derecho otra cosa), forma el Estado de dichas sociedades: lo cual no se concibe, si los titulares de dichas relaciones pueden quedar *personalmente* fuera de ese Estado, que es lo que hoy se suele entender y practicar, según el principio de la ciudadanía única.

(1) Los «antipatriotas» tienen patria, aunque protesten de ello: es de-

nifiesta exteriormente, según queda indicado, en la conexión de esta clase de intereses sociales con una esfera continua de la superficie terrestre, cerrada en límites más ó menos definidos (1), donde forzosamente se realiza: el suelo, el territorio. Aun las hordas nómadas han menester de esta unidad geográfica; sólo que entonces varía de lugar y tiene cierta elasticidad, sin llegar á concretarse en forma de una morada fija y permanente.

Por el contrario, las instituciones finales ó especiales, si bien, como todos los órganos de la vida social, actúan en un medio exterior, á que el hombre, en concepto de tal, se halla siempre ligado, y en constante acción y reacción con sus fuerzas, no requieren esa unidad territorial, que se deriva de la exigencia de la vida en común (2). Esta misma condición es también la que hace que el Estado de las personas sociales de carácter total, ó para hablar con más propiedad, el sistema de sus magistraturas—de los órganos específicos del poder público inherente á dicho Estado (su «Gobierno»)—sea en la sociedad general humana el agente encargado de la tutela de la vida, la libertad y el derecho *exteriores*, y por tanto, el único

---

cir, viven en el seno de alguna comunión (social y en lo tanto, de derecho), á que, por consiguiente, les es imposible sustraerse, pues no basta la voluntad para suprimir las consecuencias jurídicas de las relaciones de la vida, sin suprimir éstas previamente. Por estimarlas (con error) suprimidas, sea por el nomadismo, sea por conflicto entre las legislaciones de varios Estados (v. gr., perdiendo la ciudadanía en uno, sin adquirirla en otro), han nacido las diversas cuestiones de los llamados *sans patrie*, *heimathlosen*, análogos á los antiguos *apolides*, que, según Hildenbrand, sólo eran sujetos del *jus gentium* (*Geschichte und System der Rechtsphilosophie*, I, 615).

(1) A veces, no son enteramente concretos: v. gr., en los pueblos bárbaros, ó en las zonas neutrales ó intermedias, ó en las hoy llamadas «esferas de influencia», *Hinterländer*, etc.

(2) Por ejemplo, los antiguos Estados Pontificios no eran «la Cristiandad» (sociedad, ésta, distribuida en muchas naciones,; sino tan sólo una nación como las demás, aunque, *á la vez*, la expresión política del centro de aquélla, la residencia de su jefe.

investido de fuerza coercitiva, así civil como penal, en el sentido actual técnico de esta expresión, á saber: en el de una restricción legal de la actividad de sus miembros (en cuanto material y exteriorizada), como condición preliminar para mantener ó restaurar, según los casos, y hasta donde quepa, la normalidad perturbada de las relaciones sociales jurídicas.

En otras épocas, han reinado otros conceptos. Al principio de la convivencia y su expresión material en el terrritorio, se ha sobrepuesto (y á veces se sobrepone todavía en los pueblos más atrasados) el principio de la troncalidad, gentilicio ó de sangre; pero el proceso de la civilización ha ido aumentando el valor del primero, que nunca tal vez ha dejado de tener mayor ó menor representación en la historia. Mas el hecho real y verdadero, que, por cima de toda abstracción, sirve de núcleo á la condensación de las sociedades totales, es el de la vida en común: lo prueba que, donde ella no existe, ó se disuelve, viniendo en consecuencia á faltar los intereses peculiares y característicos de dicha clase de grupos, éstos, por más que sus individuos conserven el vínculo indeleble de la sangre, ó se separan, ó se trasforman en otra clase de institutos: v. gr., en una compañía industrial. Y al contrario: cuando en una corporación especial—por ejemplo, religiosa—se engendra esa convivencia inmediata entre sus miembros, ésta le imprime cierto carácter total, desenvolviéndose en ella, de consiguiente, las relaciones propias de él, inútiles é imposibles en su anterior supuesto. La vida común exige entonces, por sí misma, que la cooperación, inherente á toda sociedad, se extienda aquí (desde la obra especial del fin que ligaba antes exclusivamente los individuos) á intereses personales, tanto más generales y varios, cuanto mayor es la intimidad de esa vida. La beneficencia, la educación, la religión, la amistad, la necesidad del mutuo auxilio, la relación industrial (en otro tiempo (1)

(1) Schäffle (en su *Estructura y vida del cuerpo social*, I) hace resaltar el antiguo carácter profesional de la familia, v. gr., en la Edad Media.—Wundt

tan frecuente y que asocia bajo un techo común á los dependientes y aprendices del artesano, el comerciante, etc.), son otros tantos motivos que determinan la formación de un núcleo de relaciones de carácter local, y total por tanto, análogas á las de la familia, relaciones que tienen, como todas, su valor jurídico adecuado (1).

Para las ideas actuales, sería difícil admitir que, v. gr., una ciudad es, ni puede ser ya, el desarrollo diferencial de un núcleo, ni aun de varios núcleos genealógicos primitivos, cuyos miembros se enlazan todos por vínculos de sangre; y no hay que decir de otros grupos sociales de mayor complejidad. Sólo al más elemental de la serie, la familia, ó más bien al segundo de sus momentos (la sociedad natural de padres é hijos), se aplica ese principio de la comunidad de origen; y aun esto, en cierta medida y sentido, como después veremos.

Los organismos totales forman una serie de distintos grados, á partir de la sociedad doméstica, con su territorio, la casa, hasta la Humanidad, que habita el planeta y que cada día se va aproximando, en medio de caídas y retrocesos que lo estorban por tiempo, á la condición de una verdadera sociedad efectiva en trato y relación, conforme va despertando en sus miembros la conciencia de su solidaridad, todavía harto embotada. Pero, en el estado actual de la parte más civilizada del mundo, la historia ha ido consolidando y organizando hasta hoy principalmente algunos de esos grados intermedios, en particular, el de la vida local ó municipal y el de la nación, entre los cuales existen á menudo otros círculos de tipo menos uniforme y á veces más indefinido, aunque produ-

---

dice que hoy sólo cabe esto en ciertas profesiones muy elementales, v. gr., en los labriegos: *Ethik*, sec. 4.ª

(1) Las «ciudades obreras»; las «repúblicas escolares», ensayadas con carácter correccional en los Estados Unidos; los internados para la educación, etc., son otros tantos ejemplos, donde se desenvuelve el tipo total sobre una base especial; al contrario de lo que acontece en los antes citados de la familia labradora ó artesana.

cidos igualmente por las fuerzas naturales de la evolución social histórica (reinos, provincias, regiones, distritos, comarcas, condados....) y tan reales como aquéllos, si bien no siempre con existencia legal reconocida; como, á su vez, por cima de la nación, comienzan á prepararse organizaciones más amplias, desde las antiguas uniones personales, á las Confederaciones, etc.

Tal es por el momento, en resumen, la situación actual de las sociedades totales.

## 2.—*Familia.*

La palabra *familia* (1) ofrece más de un sentido.— 1) En ocasiones, representa la serie indefinida de personas que tie-

(1) Esta voz latina se deriva de *familia*, el grupo de los *famuli* (del osco *famel*, según unos; *femel*, según otros; y en muy distinto sentido, al parecer poco fundado, de *fames*, hambre, según Taparelli y De Greef). Fámulos son los individuos que viven con el padre y señor en la casa (Webster; Bréal: éste advierte que, en osco, *faamat* significa «habita»,—tal vez del sanscrito *vama*, hogar, habitación); aunque algunos, como Burghold, añaden que sólo en concepto de servidores—á semejanza del alemán *Knecht*—, comprendiendo á la esposa, los hijos legítimos y adoptivos y á los esclavos domésticos (por oposición á los rurales, *servi*); llamando, pues, *familia* y *famulia* al conjunto de todos ellos.—En Roma, sea desde un principio (Puchta, Bréal, Ihering, Marquardt, Bouché-Leclerc), sea desde la introducción «de la agricultura y la esclavitud legalizada» (Marx, Engels), la voz *familia* no comprende únicamente individuos, sino también, además de éstos, los bienes, el caudal, la *res familiaris:* ya el patrimonio entero (Valbuena, Webster, Marquardt), ya sólo la *res mancipi*, á distinción de la *pecunia*, ó *res nec mancipi* (Ihering); *bona* es expresión posterior y equivalente á ambos, ó sea á *familia pecuniaque.*—(Adviértase que, para Sohm, los bienes constituyen el elemento fundamental de que se deriva la familia toda).—Desde Niebuhr y Savigny, es bien sabido que la familia romana descansa, no en el principio de la sangre, sino en el de la *potestas*, como vínculo de la convivencia en la casa. Así dice nuestro inolvidable Maranges: «si la ciudad romana es omnipotente..., omnipotente también se nos ofrece en su esfera la familia, y el padre como su representante: poder y derecho, dominio y jurisdicción, están en sus manos exclusivamente depositados; y la mujer y el hijo, el esclavo y el cliente, desaparecen [al principio] ante la vigorosa entidad del jefe de la casa».—«Familiam

nen una misma descendencia (familia «troncal», «parentela»); serie, cuyo límite es imposible fijar, aunque á veces se haya establecido más ó menos arbitrariamente, cerrándola y organizándola en la historia (la *gens*, el clan, la tribu, etc.).—2) En su acepción actual, denota un grupo mucho más restringido, la sociedad doméstica, ya sea: *a)* la de los padres con los hijos que hacen vida común con ellos, ya: *b)* la de los cónyuges únicamente.— 3) Más todavía: al que de éstos sobreviva, y aunque quede y viva solo, se le sigue llamando (como en recuerdo de la sociedad conyugal, que formó un tiempo) «jefe» y «cabeza» de familia.—4) Por una especie, quizá, de asimilación, y siguiendo la tradición romana (1), se aplica este nombre también hasta

---

dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura, aut iure subiectae», dice el Digesto, donde se halla muy al pormenor la pluralidad de acepciones de la voz *familia* en Roma (l. 1, tits. 6 y 50, tít. 16), que Puchta resume en tres: amplia, estricta y estrictísima.—Véanse los *Diccionarios latinos* de Calepino, Valbuena y Miguel y Morante, y el *Dicc. inglés* de Webster. —Bréal et Bailly, *Dict. étymologique latin;* París, 1891.—Puchta, *Institutionen;* Leipzig, 1875, II, §§ 39 y 194.—S. Maine, *Ancient law;* London, 1885, ch. 6.—Marquardt, *La vie privée des romains* (trad. Henry); París, 1892, t. I, introd.—Ihering, *Entwicklungsgesch. d. römisches Rechts;* Leipzig, 1894, p 85.—Sohm, *Historia é instituciones del derecho privado romano* (trad. Dorado); Madrid, sin fecha. —Maranges, *Estudios jurídicos;* Madrid, 1874, págs. 52 y 53.—Engels, *Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado* (trad. de «La España Moderna»); Madrid, sin fecha, c. 2.°—Burghold, *Ueber die Entwick. d. Ehe (Nord und Süd;* Agosto, 1901).— Bouché-Leclerc, *Manuel des instit. rom.;* París, 1886.—Regelsberger, *Pandekten*, 1901, § 69.— Savigny, *Sist. del Der. rom. actual* (trad. Messía y Poley). t. I, § 53; Madrid, 1860.

(1) Son padres de familia, según el *Digesto*, «qui sunt suae potestatis, sive puberes, sive impuberes» (l. 1, t. 6.°); y en otro pasaje (l. 50, t. 16): «pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat».—Véase también Sohm, ob. cit., § 341, y nuestra l. 6.ª, t. 33, Partida 7.ª, que sigue al Digesto y llama asimismo *pater familias* al «que es señor de la casa, magüer non haya fijos». El individuo independiente, dice Puchta, es, por sí solo, un *princeps familiae*, representa una familia, aunque á nadie tenga en su *potestas* ó en su *manus*, ni pueda tenerlos, como acontece á la mujer, que es, sin embargo, cabeza de familia; si bien ésta al par acaba en ella *(familiae suae caput et finis est)*.—

al individuo soltero, mayor de edad, que habita y gobierna casa independiente, ora solo, ora en compañía de otros individuos, parientes, huéspedes, criados, dependientes, amigos, etc., más ó menos unidos en diversa relación con aquél.—5) Repárese cómo entran á veces en este concepto segundo, puramente ético y derivado, de la familia, ciertas comunidades, v. gr., las religiosas, ó un asilo, un hospicio; y que, por último, la Humanidad entera se dice á cada instante que constituye una hermandad, una familia.

Si buscásemos ahora el residuo homogéneo que subsiste en todos estos sentidos, propios ó impropios, precisos ó vagos, se podría decir que es la idea de un todo de vida sustantiva, sea de varias personas en común, con la intimidad que entre ellas de esta suerte se engendra, en un suelo común también, sea de un individuo (ya solo, ya, v. gr., con sus criados), en la *casa*, que siempre queda como expresión material y exterior de ese foco independiente de vida en la naturaleza (1), tan luego como el grupo social adquiere cierta localización.

---

Recuérdese el sentido representativo y pseudo-corporativo del individuo en la *sole corporation* del derecho inglés.

(1) Para Ihering, «todo el derecho privado tiene en la casa el punto de partida de su evolución y extensión ulteriores»; ob. cit.—*Dominium* viene de *domus*.—Según Puchta, Webster, Gothein, familia equivale, en parte al menos, á *Hauswesen*, *Hausstand*, *household*, *maison* (v. gr., «la maison du roi», la Casa Real).—Para el P. Mayer, no hay familia completa sin la casa, primer templo y primer foco de vida moral, de civilización, etc. *Instit. iuris naturalis*, par. 2.ª, Friburgo (en B.), 1900, sec. 2.ª, lib. 1.º, cap. 4.º—Ya había considerado Krause análogamente la casa como el primer centro dinámico (*dynamischer Ort*) de todas estas funciones; no sólo como territorio del primero de los Estados sociales (el doméstico); concepción que luego influye en Schäffle, Wundt, Paulsen, etc. Por esto es muy interesante el cuadro que traza de lo que la casa comprende, en relación con aquellas diversas funciones y como esfera de su acción en el espacio. *Urbild der Menschheit*, Gotinga, 2.ª ed., 1851, págs. 87 88.—Maranges dice también que el hogar es el territorio de la casa, cuya inviolabilidad descansa en que es «expresión exterior y morada de un propio y verdadero Estado»: *Estudios jurídicos*, 1878, p. 16 y nota.—Por otra parte, en el orden de la familia y su vida, se reproduce, en cierto límite, la

Ahora bien: recuérdese que esta expresión, el territorio, representa una condición esencial para las sociedades totales, cualesquiera que ellas sean. El individuo mismo, primer sujeto elemental, centro de donde parten las dos series opuestas de personas sociales, y que, bien ó mal, lleva de frente, á un tiempo, así todas las funciones de nuestra naturaleza, como una inclinación, vocación y aptitud especial dominantes, ora las cultive, ora las abandone, de grado ó por fuerza, parece, sin embargo, que sólo llega á la plenitud exterior de su cualidad como tal sujeto independiente, mediante la constitución de su hogar, de su *domus*, donde su vida, con todo el núcleo de relaciones materiales, morales, jurídicas, que se desenvuelven bajo su gobierno, así objetivadas y localizadas de un modo más ó menos permanente, ofrece semejanza con la vida familiar, estrictamente dicha.

Resumiendo. Hay, pues, dos sentidos de la voz «familia».— 1) En el más amplio, se podría decir que se aplica á toda *unidad de vida local* independiente, individuo ó sociedad; y en este último caso, á toda sociedad de carácter total, ó sea, aquélla (máxima ó mínima, aldea, nación, convento, casa de educación..., la Humanidad entera), cuyos miembros habitan juntos, y por tanto, se ayudan mutuamente en cuantas nece-

---

oposición entre el principio de la sangre y el territorial. Así, por ejemplo, Sánchez Román, que sigue la distinción de Krause y Ahrens entre sociedades totales y especiales, distingue la familia de las otras del primer grupo, sobre todo (separándose de Starcke) por el *jus sanguinis*, mientras que en las demás el vínculo es más bien el territorio, el *jus soli*. *Estudios de derecho civil: Derecho de familia*, vol. 1.°; Madrid, 1898, págs. 11 y 85 —Huber, el autor del Código suizo, también considera (y análogamente, Sumner Maine y Kohler) que la familia es una derivación pura de la relación general del parentesco (*Sippe, Verwandtschaft*); no de la convivencia. *Syst. u. Gesch. d. Schweiz. Privatrechts*; Basilea, 1886, t. 1.°, § 13; en el t. 5.°, dice que, al establecerse los alemanes y borgoñones en Suiza, la familia comprendía: 1) la parentela; 2) la familia doméstica, ó sea en sentido estricto; 3) el matrimonio —Sobre el concepto germánico de la familia, debe verse el libro, todavía hoy clásico, de Mittermaier, *Grundsätze d. gem. deut. Privatrechts*, t. 2.°, § 359.

sidades, fines é intereses personales los estimulan, promoviendo su bien, resistiendo al mal y la contrariedad (1) y respondiendo así en espíritu y obra á lo que pide el destino universal humano.— 2) En su sentido más estricto, denota hoy una sola de estas sociedades: la conyugal, ora en su grado más elemental y sencillo, ora diferenciada en un grupo de fuerzas más complejo, y, ante todo, como armonía de la oposición natural entre padres é hijos; y de aquí con los parientes, huéspedes, auxiliares, amigos y servidores, que habitan bajo el mismo techo (2).

---

(1) Unidos «para el bien, como para la desgracia y el dolor».—Sanz del Río, *Ideal de la Humanidad*, § 12.

(2) A este concepto de la familia, en estricto sentido, como la sociedad doméstica, con ó sin vínculo de sangre, constituída para la vida en común y las mutuas reacciones que de ellas se derivan, se enlazan más ó menos, no sólo la idea romana, sin duda parcial y exclusiva, donde el vínculo fundamental es jurídico (el poder), como ya se ha recordado, sino las de Kant, Krause, Ahrens, Michelet (de Berlín), Taparelli, Trendelenburg, Mayer, Costa-Rossetti, Schäffle y (hasta cierto punto) Röder; contra las cuales, y en pro de la concepción puramente de sangre (cónyuges é hijos), están á su vez Hegel, Rosmini, Wundt, Starcke, Spencer, Huber, Höffding y otros. Lerminier, *Introd. générale á l'hist. du droit.* (Bruselas, 1830), ch. XIII, p. 165, nota, opone la idea de Vico, que funda la familia en la protección del padre, no sólo á sus hijos, sino á los débiles *(famuli)* que se le someten al efecto, con la concepción de Bodin, que «no ve en la familia más que á los hijos del padre». Pero el mismo Lerminier cita (ch. VI) dos pasajes de Bodin, de que más bien resulta que el vínculo de la familia es la potestad (al modo de Roma), no la sangre, v. gr.: «familia est plurium sub unius ac ejusdem patris familiae imperium *subditorum*, earumque *rerum* quae ipsius propriae sunt, recta *moderatio*.»

Gothein, en su artículo del *Diccionario* de Conrad, expone como corrientes tres opiniones: 1) grupo de parientes, aunque no vivan juntos; 2) sociedad doméstica *(Hausstand)*, aunque sus individuos no sean parientes; 3) grupo de parientes que viven juntos en la casa, que es la síntesis de las anteriores y la que, en su sentir, predomina en la actualidad.

*(Continuará.)*

FRANCISCO GINER.

# DERECHO CONSUETUDINARIO DE CATALUÑA (1)

## Cuarteros y quinteros.

12. Importa mucho averiguar de qué manera en Cataluña se han convertido en campos de cultivo los que antes fueron matorral y monte bajo, en tierras de labor, extensiones inmensas inhospitalarias, desiertas y abandonadas, y en granjas, alquerías, casas de labor, ricas cabañas y tierras plantadas de olivar y viña, lo que fueron lugares inhabitados, lejos de poblado y naturalmente improductivos.

Hemos tenido por regla general en las cuatro provincias de Cataluña, un verdadero miedo á los *latifundios*. Los nobles, los grandes terratenientes, los propietarios de considerables extensiones de terreno, no han creído conveniente dejarlas en administración á procuradores y apoderados generales, sino que han preferido cultivarlas ó cederlas á persona que las cultivase.

A ello han contribuído los antiguos feudos, los establecimientos de predios francos en alodio, el enfiteusis, la aparcería, la masovería, el establecimiento conocido con el nombre de *á rabassa morta*, y el establecimiento de *cuarters*, *quinters* y *sisaners*.

13. En muchos puntos de Cataluña, cuando el propietario, sea porque tuviese necesidad de recorrer y vigilar heredades

(1) Véase la pág. 225 del tomo 108 de esta REVISTA.

sitas en diversos puntos, distantes unos de otros, sea porque los negocios exigiesen su presencia en la ciudad, no podía permanecer constantemente en la hacienda (*hisenda*) ó predio, nombraba un *masovers ó colono*, quien debía permanecer constantemente en ella, vivir en la casa ó en el mas (1), cultivar las tierras, cuidar del ganado, y tenía una parte de frutos.

El masovero no solía ser propietario, y no siéndolo, no podía tomarse el interés que tiene aquel que cultiva hacienda propia. El feudo perpetuo, bien es verdad que tenía algo de humillante, pues le eran inherentes prestaciones que revelaban vasallaje, pero el adquirente se sentía propietario y lo era en realidad (2).

En el enfiteusis había entrada y prestaciones en dinero; únicamente el establecimiento con pago de parte de frutos á perpetuidad tenía la ventaja de que no había dominio, vasallaje, prestaciones en dinero, entrada ni los demás inconvenientes que presentaban otros contratos.

En Cataluña el contrato de establecimiento de aparcería perpetuo, y á cuarta parte de frutos, es muy antiguo.

Balari hace mención de uno, fecha de 29 de Noviembre del año 1193, que celebraron los Templarios, que es sustancialmente como sigue: «Bezo, Comendador de Miravet y Tortosa, Ramón de Moncada, Fray Guerau de Caercino, Ramón Bernat, Comendador de Tortosa y otros Templarios, dieron á Jusef Cornela, judío, á Abnalfachín, sarraceno, y á Abnafrayan, también sarraceno, y á su posteridad perpetuamente *per secula cuncta* una algezira llamada *Juter ambas aguas* que tenía en Benifallet. Hicieron la donación para que ellos y los suyos *la trabajaran y mejoraran*, y la tuvieran y explotaran como propiedad suya, con

(1) *Mas* es sinónimo de casa ó morada. De *Man Sus* se deriva *Mas* y *Masía*. Véase Balari y Jovany. *Orígenes históricos de Cataluña*, págs. 564, 621 y otras.

(2) El curioso lector puede encontrar en las obras del distinguido jurisconsulto catalán D. Félix María Falquera, *Formalorio de Notaría*. Barcelona, imprenta de José Rubio, año 1836, págs. 59, 148, 157 y siguientes, modelos de *feudo, establecimiento de un predio franco en alodio sin entrada ni pactos*, etc.

la obligación de dar anualmente la *cuarta parte* de todos los frutos que recolectaran, sin dispendio por parte de los donantes. No podían elegir ni llamar á otros Señores sino á los donantes quienes se obligaron á salvar y defender perpetuamente dicha algezira, por los labradores, quienes podían venderla, hipotecarla y enajenarla á labradores cristianos, judíos ó sarracenos, después de transcurridos treinta días sin que los donantes hubiesen utilizado el derecho de fadiga ó de tanteo. Si éstos quisiesen retenerla, deberían pagar el precio común, salvo el cuarto y el derecho de señorío. Los Templarios recibieron por *entrada* per introitum diez mazeras nuevas jucefias» (1).

Este contrato se parece más al enfiteusis, pues tiene entrada y señorío, lo que no ocurre en el establecimiento á parcería á *cuartas*; lo que hace suponer que esta es una transformación de la enfiteusis.

En terrenos de buena calidad, ó cuando había mucha demanda de tierras, se comprende que los propietarios fuesen exigentes y cobrasen entrada, y conservasen dominio y señorío; pero la necesidad de labrar tierras improductivas, la carestía del personal, la buena voluntad y espíritu colonizador y poblador de los grandes terratenientes de Cataluña, fueron cambiando las condiciones, prescindiendo de la entrada, del dominio y señorío, y reduciendo la prestación á la cuarta parte de los frutos.

14. En nuestros tiempos, los grandes terratenientes, en varios puntos, cuando no han podido cultivar sus heredades, antes de desampararlas, han constituído en la casa principal de la heredad (casa pairal), en la casa solariega, una masovería.

Esta pudiéramos denominar es la célula matriz, el nucleo de donde han salido luego gran número de familias con casa y patrimonio aparte. He aquí los cuarteros, los quinteros y sisaneros.

---

(1) Archivo de la Corona de Aragón, Alfonso I de Cataluña, núm. 663, cit. por Balari.

Los hijos y descendientes del masovero ó colono, ó los mozos de labranza de la casa ó masía, cuando tenían algún ahorro y querían trabajar por su cuenta, emanciparse, crear familia y tener casa propia, tomaban á cuartas ó quintas partes una porción de terreno, y en él construían *su casa.*

Por regla general coincidía el matrimonio de uno de los mozos de labranza con la emancipación de la casa pairal, y á la vez que se firmaban las capitulaciones matrimoniales que fijaban el régimen de la familia (capitols), se firmaba su escritura de establecimiento ó aparcería perpetua, ó parte de frutos que fijaba el régimen patrimonial. De esta manera aumentaba y aumenta hoy la familia y la propiedad en Cataluña, uniendo indisolublemente el hombre al suelo y asegurando su porvenir á la futura sucesión.

15. Los dueños de la heredad ó gran patrimonio establecían y establecen aun hoy á perpetuidad una gran porción de terreno, señalan un solar para la construcción de la casa, y el antes mozo ó criado, constituído en propietario *cuarter* ó *quinter* con los ahorros que hizo cuando mozo, compra ropas, muebles, aperos de labranza, animales y construye su vivienda, corrales, etc., y funda de esta manera una familia y un patrimonio.

La familia y los antiguos dueños regalaban y regalan á los novios ropas, joyas, muebles y especialmente la *caixa* ó arcón que, con otros objetos adquiridos, comprados y regalados, constituye el ajuar de la nueva casa.

Este edificio construído por el *cuarter*, *quinter* ó *sisané*, es de propiedad de éste y pasa de padres á hijos.

En algunos puntos de Cataluña es costumbre que la casa sea siempre del *cuarter* ó *quinter*, aun cuando el *cuarter* y *quinter* no cumplan dando la cuarta parte de frutos ó no cultiven las tierras, lo cual es rarísimo; el primitivo propietario puede reincorporarse de las tierras, pero no de la casa y edificaciones construídas por el *cuarter*. Claro es que ningún beneficio reportará éste teniendo la casa aislada, sin poder cultivar las

tierras que hay alrededor, y cuán molesto y perjudicial es para el labrador tener lejos de su vivienda las tierras que cultiva, significándole una pérdida de tiempo considerable y la imposibilidad de vigilar los cultivos, especialmente en la época de la recolección de los frutos.

En la práctica se observa que únicamente en los casos de pérdida total de la cosecha deja el *cuarter* de entregar la parte de frutos, y únicamente en caso de imposibilidad material deja de cultivar los campos, compensándose en caso de incumplimiento del contrato, porque el *cuarter* no quiere deshacerse de la casa, ni quiere desprenderse de un patrimonio que desde el día de la firma de la escritura considera como suyo y de su familia.

16. También se observa en la práctica que por efecto de estas instituciones, se crean vínculos entre el propietario, los colonos y los *cuarters*, y hay una solidaridad y armonía de intereses que se traduce y revela en armonía de las clases sociales. Existe un extraordinario apego y adhesión de los *cuarters* y *quinters* al propietario, al dueño que fué del terreno, y cierta veneración á la casa solariega, á la casa más antigua del patrimonio; de manera que así como los *rabassaires* han promovido conflictos y algaradas, no tengo noticia de que los *cuarters* y *quinters* hayan suscitado jamás hostilidad á los dueños, y esto se explica y tiene su razón de ser, á pesar de que muchos *cuarters* y *quinters* son de condición muy miserable, no todos viven en casas grandes y espaciosas, sino que algunos sólo han tenido medios para construir una pobre choza y trabajan una tierra dura, ingrata y pobre, que da escasos rendimientos; pero el trabajador, porque al fin y al cabo el *cuarter* es un obrero, no se subleva, ni aun se queja de su suerte, porque trabaja por sí y para sí y tiene familia propia, casa propia y tierras propias, y aun cuando paga parte de frutos, entiende que esta prestación es muy justa, porque es el precio de un capital que se le ha puesto á su disposición desde luego y que amortiza con el producto de su trabajo.

Tiene conciencia el *cuarter* y el *quinter* de que es suya la casa que habita (pues aun cuando se destruyera la casa por fuerza mayor, puede volver á edificar otra sin intervención ninguna del dueño), y de que también es suya y de sus sucesores la tierra que cultiva pagando la cuarta, la quinta ó la sexta parte de los frutos, según los casos, pues las partes contratantes, ó sean el dueño primitivo del terreno y el *cuarter*, *quinter ó sisané*, calculan cuando estipulan las condiciones y bases del establecimiento, ya tienen muy en cuenta la naturaleza del terreno y el esfuerzo que ha de hacer el hombre para cultivarlo, y por esto en tierras regulares se obliga á pagar el adquisidor la cuarta parte, en tierras de inferior calidad sólo se estipula el quinto de los frutos y en tierras de ínfima clase sólo se pacta la sexta parte, y al adquisidor se le conoce en Cataluña con el nombre de *sisané*, porque paga la *sisena* que recibe el dueño anualmente, haciéndose cargo de que las otras cinco sextas partes las necesita el adquisidor y buena falta le hacen para atender á sus necesidades, y es, á la vez, la debida remuneración de su trabajo.

17. La institución de que nos ocupamos, no sólo liga, por decirlo así, el hombre á la tierra, hace algo más, porque establece un vínculo de unión entre una familia y una generación con el predio, la heredad, el fundo. Se ha observado en Cataluña que en caso de justa causa de desheredación, podrá el *cuarter* posponer á uno de sus hijos, *pero otro hijo le sucederá indefectiblemente* en la casa, porque los derechos son perpetuos y la cesión del terreno se hace, no para una generación, sino para la presente y para las generaciones futuras.

18. Es igualmente digno de notarse que, en algunos puntos, no puede cambiarse el cultivo por parte del *cuarter* y *quinter* sin avisar al dueño; que en el reparto de frutos se promedian las cantidades y calidades equitativamente, y que el propietario ó dueño del terreno es el que paga los impuestos de toda clase, lo cual es una grandísima ventaja para el *cuarter*. Tan respetable se considera el derecho de éste, que en algunas

ocasiones, según me han referido propietarios de las comarcas (1), habiéndose hecho cargo el Estado de una finca por falta de pago de las contribuciones, ha respetado el derecho del *cuarter* y *quinter* y se ha limitado á percibir la cuarta ó quinta parte de frutos como repuesto en el lugar y derecho del primitivo dueño de ella.

19. Terminamos este trabajo recomendando el estudio de la institución en él descrita al jurisconsulto, su aplicación al gran terrateniente que tiene heredades yermas é incultas y al pobre bracero que carece de trabajo, y sobre todo al legislador, que anda buscando fórmulas y soluciones para resolver el problema social, cuando no tiene más que fijarse en aquellas instituciones espontáneas que han nacido en nuestro suelo catalán, harto desconocido, y que han respetado y perpetuado el uso y la costumbre.

---

(1) Relato del Sr. Vila del Solés, propietario, y otros de varias comarcas de Cataluña.

PEDRO ESTASÉN.

# LA VOLUNTAD DEL ESTADO

## PLANTÈASE EL PROBLEMA.—ANTECEDENTES

### I

El reconocimiento de la «realidad del Estado», quiere decirse, de su sustantividad y de su personalidad, depende, en gran parte, de que se afirme ó niegue la existencia de una «voluntad colectiva política», de una voluntad suya, que tiene por sujeto generador y vivo, á manera de *ser* positivo y capaz, una entidad orgánica y activa: *el Estado*.

Es para muchos la «voluntad» lo distintivo de la personalidad, más aún, la personalidad misma: llegan algunos á estimar la voluntad como la realidad suprema, ó como lo íntimo de la realidad: recuérdese á Schopenhauer; la voluntad viene á resolver la antinomia kantiana del *fenómeno* y del *noumeno*, más que á resolverla, á aclarar el misterio del *noumeno*, de la *cosa en sí*... «ese substractum de todos los fenómenos y de la naturaleza toda, no es más que aquello que siéndonos conocido inmediatamente y muy familiar, hallamos en el interior de nuestro propio ser como *voluntad*...; esta voluntad, que es la única cosa en sí, lo único verdaderamente real, lo único originario y metafísico, en un mundo en que todo lo demás no es más que fenómenos, es decir, mera representación; esta voluntad, digo, presta á cada cosa, sea la que fuere, la fuerza para que pueda existir» (1).

(1) Schopenhauer, *La voluntad en la naturaleza*, trad. esp., páginas 30 31.

De cierto el problema, desde este punto de vista metafísico, por lo menos, desde la metafísica de Schopenhauer, resulta sencillo en sus términos: la *realidad* del Estado, como cosa en sí, y la justificación de su existencia fenomenal como representación sustantiva, se afirmará desde el momento en que supongamos ó demostremos, que en el Estado hay *voluntad*: *una* voluntad propia que se revele en hechos, á ella, y sólo á ella, atribuíbles.

Y no ya para los defensores de esta particular hipótesis metafísica, sino para cuantos ven en la voluntad el principio inicial de la realidad, la expresión de la vida, y equiparando la voluntad con la acción, pueden afirmar con Goethe: «en el principio existía la acción, la fuerza»; la realidad del Estado tendrá que subordinarse á la existencia de una acción, de una fuerza, de una *voluntad*, quizá diríamos mejor, de una *energía*, inexplicable por sí misma y como tal, sin un *sujeto*, más bien, sin un ser ó sustantividad, que sería naturalmente el Estado mismo.

No estimo que todo el problema de la *realidad del Estado* dependa de la existencia de la voluntad, es decir, no puede quizá tomarse como lo característico del Estado, ni de la personalidad, la voluntad; bien se desprende esto de la misma concepción de Schopenhauer, y de la misma observación diaria, que atribuye voluntad real y concreta, voluntad empíricamente demostrable, á quienes aun siendo seres, no son personas; pero prescindiendo de esta reserva, es indiscutible que el problema de la voluntad del Estado, está íntimamente ligado con el de su realidad como *cosa distinta*, y además, es notorio, que la doctrina dominante hace depender la realidad de la personalidad, de la voluntad; lo que puede ocurrir es que la demostración de la voluntad no baste en opinión de algunos para afirmar la personalidad, pero positivamente no cabría concebir ésta sin aquélla.

Esto, sin contar la trascendencia grande que, para toda la doctrina del Estado, y para la orientación de la política tiene

este problema de la voluntad. La concepción mecánica ú orgánica del Estado, la explicación de la soberanía, la relación entre el derecho y el poder político, y otra porción de cuestiones capitales, están íntimamente subordinadas, á la manera, según la cual, se conciba y explique la noción de una voluntad del Estado, como voluntad colectiva real, ó como mera coincidencia, ó menos todavía, como simple suma por yuxtaposición de las voluntades individuales: únicas realidades positivas (1).

La crisis á que en otro trabajo me he referido (2), da la idea del Estado, se manifiesta en este capital problema de la filosofía política, en la lucha ó contraposición de dos hipótesis ó doctrinas al parecer irreductibles, en rigor no tanto, como lo demuestra el hecho curiosísimo según el cual, aun en los representantes más acentuadamente radicales de cada una de aquéllas, se advierte el influjo de la contraria. Las dos doctrinos entrañan estas dos afirmaciones respectivamente: hay una voluntad colectiva, real y distinta de la mera suma de las voluntades individuales, y la manifestación más imponente verdaderamente suprema de ella es la voluntad del Estado: el Estado según esto, obra por propio impulso, tiene un *querer* suyo, elabora mediante una conciencia colectiva, actos que entrañan una voluntad, una energía creadora: por el contrario, la otra doctrina, que podríamos definir como un individualismo absoluto, y que acaso culmine en el anarquismo de un Stirner ó de un Nicetesche (3), pero que tiene manifestaciones más templadas y de más sencilla interpretación, afirma que no hay más voluntad real que la del individuo, y que la voluntad del Estado no tiene objetividad verdadera, ni otra realidad que la que le preste el mero concurso de las voluntades indivi-

(1) V. Duguit, *L'Etat*, I.

(2) Estudio preliminar á la traduc. esp. del libro de Wilson, *El Estado*, próximo á publicarse. V. en esta misma REVISTA (Septiembre-Octubre últimos), mi artículo *La personalidad del Estado.*

(3) Hasta cierto punto el de Nietesche; su aristocratismo podría llevarnos á una concepción del Estado, con voluntad; pero ¿quién sería el Estado?

duales; puede á veces el Estado tener voluntad, cuando su personificación se concreta en un déspota; pero, desde el momento en que el Estado se manifieste como una colectividad, no hay voluntad del Estado, sino la suma de las voluntades de quienes lo forman concretamente.

## II

Prescindiendo, por de contado, de si la voluntad es la cosa en sí, ó si no es también ella más que una apariencia de nuestra energía objetivada, algo, en suma, cuya realidad afirmamos como consecuencia de nuestra estructura mental, psíquica; prescindiendo además de si la voluntad es lo característico de la sustantividad real, y por ende de la personalidad (1), y por último, prescindiendo por el momento, al menos, de las cuestiones políticas que puede entrañar el reconocimiento ó negación de la voluntad del Estado, como una voluntad absoluta y suprema, ó como una simple demostración sintética, ó por mera composición de fuerzas combinadas y convenidas, veamos de qué suerte aparece hoy visto y resuelto el problema de la voluntad del Estado, en algunas de las representaciones más autorizadas de la filosofía política. En la labor de reconstrucción de conceptos y de ideas, que en ésta se impone cada día con mayor apremio, la determinación de la actual crisis de la voluntad colectiva es indispensable.

La corriente general, ó más general, dominante en el pensamiento científico de la política, parece ser favorable al reconocimiento de una *voluntad del Estado.* Así lo reconoce Mr. Duguit, cuyo libro *L' Etat* entraña un admirable esfuerzo para destruir hasta las últimas raíces la hipótesis de semejante voluntad. Esto no obstante, la afirmación contraria tiene manifestaciones tan importantes como las que supone toda la tendencia

(1) V. Giner, *Estudios y Fragmentos sobre la teoría de la personalidad social.*

individualista,—aunque aquí habría que hacer no pocas reservas,—y naturalmente la negación anarquista, con la concepción mecánica del Estado, y la interpretación democrática, atomística, de la idea rousseauniana del contrato social.

Porque ocurre en este problema de la *voluntad del Estado* un fenómeno muy curioso. Rousseau es en cierto modo inspirador—uno de los más principales, quizá, el más influyente en cierto sentido, de las dos doctrinas, aunque quizás un análisis directo del *contrato social* induzca á considerarle más bien como favorable, en definitiva, al reconocimiento de la realidad efectiva de la voluntad del Estado.

Probablemente, en la doctrina actual de la voluntad del Estado, es decir, en las afirmaciones favorables al reconocimiento de éste como una cosa real, como una fuerza que tiene su sujeto, y que pueden recogerse en los trabajos de Bluntschli, Gerber, Gierke, Rehme, Laband, Jellinek, Esmein, Hauriou, etc., etc., se advierte el influjo, más ó menos lejano, sentido y reflexivamente aceptado, de estas tres concepciones, á veces contradictorias: la concepción de Rousseau de la voluntad general, la del Estado de Hegel, la del pueblo como una entidad orgánica que tiene un espíritu propio, de la escuela histórica, á las cuales habría que añadir el influjo importantísimo de toda la corriente orgánica, y de las doctrinas sociológicas.

Aunque Rousseau, haya sido el inspirador de la construcción atomística del Estado, del régimen de las mayorías numéricas, y quepa inferir de su idea de la igualdad humana y del estado de naturaleza, una concepción del Estado sin personalidad, sin cohesión íntima, obra artificial del concurso rectificable de las voluntades individuales, por otra parte, el *Contrato social*, entraña la afirmación, sugestiva en grado sumo, de una existencia incorporada del Estado, mediante la formación de la «voluntad general».

Quien atentamente lea el *Contrato social*, puede ver surgir esta voluntad, como brote espontáneo de un germen que es desarrollo bajo una ley de necesidad lógica.

«Como los hombres, dice, no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que ya existen, no tienen otro medio para conservarse que formar por agregación una suma de fuerzas que pueda sobrepujar á la resistencia, ponerlas en juego *por un solo móvil* y hacerlas obrar de concierto» (1).

Este párrafo tiene el germen de las dos doctrinas que antes formulamos; si sólo se trata de construir una suma de fuerzas—las de los hombres—por simple agregación—el Estado—que es lo que Rousseau va á hacer nacer, no pasará de ser una pluralidad unida. He aquí la interpretación de Mr. Duguit: «Aunque la hipótesis del contrato social fuese verdadera, no conduciría, como lo creyeron Rousseau y los hombres de la Revolución, al dogma de la voluntad colectiva. En un contrato, dos ó varios individuos quieren una misma cosa ó cosas corolarias, sus voluntades se sienten provocadas unas por otras: pero de ese concurso de voluntades no nace una voluntad *una*» (2). «Imaginad, añade, millones de hombres que quieren la misma cosa, determinados por el mismo fin; no tendréis una voluntad colectiva» (3).

Pero ese mismo párrafo de Rousseau entraña el germen de la doctrina de la «voluntad del Estado». Está en la indicación de la suma de fuerzas «que pueda sobrepujar á la resistencia y ponerla en juego por un solo móvil».

Pero si esto no bastara, tenemos la explicación ulterior del mismo Rousseau, de la experiencia y valer de la voluntad general. Si prescindimos del *trámite* del contrato, la doctrina de Rousseau, entraña la afirmación más resuelta de la sustantividad del Estado, tan positiva y firme como la de los sociólogos organicistas y como la del propio Hegel. «Cada uno de nosotros, dice, pone su persona y poder bajo la suprema dirección de la

(1) *Contrato social*, Lib. I, VI.
(2) Duguit, *L'Etat*, pág. 38.
(3) *Idem*, pág. 39.

voluntad general, y recibe en cuerpo á cada miembro como parte indivisible del todo»; esto es, Rousseau pone como base de la sociedad civil «la solidaridad»; porque si prescindimos de la idea del contrato, de lo artificial de la construcción, lo que hay en ese párrafo es un principio inicial de solidaridad social, de tal fuerza, que «en el momento, en lugar de la persona particular de cada contratante, ese acto de asociación produce un *cuerpo moral y colectivo*, compuesto de tantos miembros como la asamblea de votos, el cual recibe de este mismo acto la unidad, su yo común, su vida y *su voluntad*» (1). Y luego, añade, «cada individuo puede, en cuanto hombre, tener una voluntad particular contraria ó desemejante de la voluntad general, que tiene como ciudadano...» (2). «Hay, escribe en otro pasaje, mucha diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general: ésta no mira más que el interés común, la otra no es más que una suma de voluntades particulares» (3).

Resulta, pues, claro, terminante (4), que Rousseau reconoce la existencia de una voluntad del Estado; la ley no es otra cosa que la expresión de la voluntad general, de la voluntad del Estado, y también puede admitirse esta otra afirmación de M. Duguit, según la cual, la teoría metafísica—y la que no lo es, añadiría yo—que ve en el Estado una voluntad, la voluntad colectiva, «procede directamente de Rousseau» (5), y de él tomaron las constituciones revolucionarias francesas, y á través de ellas, algunas de las españolas (6).

---

(1) *Contr. soc.*, *id.*
(2) *Idem*, lib. VII.
(3) *Idem*, Lib. II, III.
(4) V. Mestre, *Les perssonnes morales*, pág. 144.
(5) Ob. cit.; I, pág. 2.
(6) «La ley es la expresión de la voluntad general.» «La soberanía es una, indivisible, inalienable é imprescindible: pertenece á la nación.» (Constitución francesa de 1791.) «La ley es la voluntad general.» (Constitución del año III.) «La soberanía *reside* esencialmente en *la nación*, y por lo mismo pertenece á ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales», art. 3.º de la Const. esp. de 1812.

## III

Pero quizá la huella más profunda, que en la concepción actual más corriente de la voluntad del Estado se advierte, es la de Hegel. Pocos hombres—fuera de Kant—pueden señalarse que, como Hegel, hayan tiranizado, ó por lo menos influído en el pensamieuto contemporáneo, y en sus más diferentes y al parecer, más contrarias manifestaciones. Parece extraño, en verdad, que el Imperio alemán actual, y el Estado prusiano antes, hayan recibido su gran impulso del mismo pensador que ha originado la corriente de la «izquierda hegeliana» con Stranss, Feuerbach, Marx y sobre todo Max Stirner y Mestre el anarquismo (1). Pero así es lo cierto.

Quizá á esto mismo, á este carácter contradictorio y universal del influjo de Hegel, se debe lo que nota M. Levy-Bruhl (2). Según este, «después de un período de esplendor incomparable, en el cual la doctrina de Hegel ejerció un dominio sin rival, y la filosofía, la ciencia, la teología, la historia, todo convergía hacia ella y se inspiraba en sus principios, ha caído muy pronto en un profundo descrédito. Mientras Kant, Schopenhauer, Herbart, Krause y otros tienen sus discípulos, ya no hay propiamente escuela hegeliana». Pero añade M. Levy Bruhl: «si el hegelianismo no ha podido subsistir como un cuerpo de doctrina, su influjo se advierte do quiera, en el dominio de la acción, pero difuso, y por decirlo así, en segundo grado, ejerciéndose por el intermedio de los hombres de Estado, de los publicistas, de los historiadores»... «Cuando se juzguen, desde más lejos y de conjunto, las transformaciones de Alemania en el siglo XIX, el papel del influjo de Hegel se destacará por sí mismo» (3).

---

(1) Max Stirner, sin embargo, es acaso más de Fichte que de Hegel.
(2) *L'Allemagne depuis* Leibnitz, p. 388.
(3) Idem, p. 389.

La apreciación del escritor francés se comprueba con gran exactitud en el problema de la «voluntad del Estado». Si no hay un hegelianismo político, ya ahora se destaca de una manera suficiente para ser visible, el influjo de la concepción hegeliana en el modo de comprender la existencia positiva del Estado, como realidad sustantiva y práctica.

Por de pronto es notorio el influjo que en toda la doctrina de Hegel acerca de la persona (individual y colectiva) tiene la noción, atributo ó realidad preeminente de la *voluntad*, y es además notorio, el influjo que este punto de vista de Hegel, ha ejercido y ejerce, en todas las teorías que tratan de explicar la personalidad. «Hegel, recuerda el Sr. Giner, define ésta como la «voluntad que es por si misma, ó sea la voluntad abstracta, lo supremo que hay en el hombre»; idea que puede verse luego en Michelet, de Berlín, que la considera como «la voluntad de ser libre»; en Ihering, quien acentuando esta tendencia, proclama que «la voluntad es el órgano creador de la personalidad»; en Vigliarolo, en Zitelmann, quien hace consistir la personalidad en la capacidad de voluntad, «única cualidad necesaria para convertir un ser en persona» (1).

Considerado de una manera general, el influjo directo, ó más directo, de Hegel, en la noción, idea y concepción actual de la voluntad del Estado, quizá se manifieste, como luego iremos viendo: primero, en el *fondo* mismo de la doctrina moderna, en cuanto las corrientes más dominantes se inclinan á considerar al Estado como *algo* distinto, y, sobre todo, en cuanto ven en él una voluntad, ya en el sentido de que el Estado es especialmente voluntad (aunque sea la voluntad del pueblo), ó bien en el de que tiene una voluntad—voluntad una, de la colectividad—que entraña un sujeto personal, real, ó un sujeto abstracto (2); y segundo, en determinadas *formas* políticas, históricas, y en la interpretación de éstas, como expre-

(1) Ob. cit., págs. 23 y 24.
(2) Compárese, por ejemplo, Gierke y Laband. (V. Laband, *Le droit public de l'Empire Allemand*, trad. fr., I, p. 158, nota.)

siones sustantivas que tratan de explicar el carácter *real* y *positivo, soberano* y director de las instituciónes de gobierno; v. gr., la explicación del Estado prusiano, de que luego hablaremos, y muchas de las explicaciones del actual Imperio alemán (1).

Mas aún: el influjo de la concepción hegeliana, se manifiesta de una manera ostensible en los psicólogos y filósofos, que no acometen el problema del Estado, de su realidad, de una manera directa, como el político, y el mismo sociólogo, sino que llegan á él en el desarrollo de una concepción general filosófica y psicológica. Wundt es un buen ejemplo de semejante influjo, como ha demostrado el Sr. Giner (2), como luego veremos.

A mi modo de ver, la doctrina del Estado de Hegel, independientemente de la teoría de la voluntad, es un *realismo metafísico*; y en cuanto *realismo* (y á veces con dejos metafísicos), perdura y domina en gran manera en el pensamiento político moderno; se trata de un *realismo interpretativo* que permite ser rectificado, infundiendo en él por vía de interpretación, un idealismo imaginativo, personalísimo.

Procuraré explicarme.

En el hermosísimo prólogo á la *Filosofía del Derecho* (1820), indica Hegel su método y su criterio filosófico. «El objeto de este tratado, dice, como ciencia política, se reduce á un ensayo para comprender y exponer el Estado como un racional en sí. En cuanto filosofía, se cuidará muy bien de construir un Estado *cual debería* ser»; una doctrina filosófica no puede enseñar á los Estados cómo deberían ser: «la filosofía busca lo que es, porque lo que es, es la razón» (3). Recuérdese el famoso aforismo, resumen y compendio de la filosofía hegeliana:

Lo que es racional es real;
Y lo que es real es racional.

---

(1) V. Laband, ob. cit.
(2) Ob. cit., págs. 161 y 187.
(3) Hegel. *Werke. Grandlinien der Philophie des Rechts.*, pág. 18.

«El individuo es *hijo de su tiempo*, y la filosofía consiste en comprender *su tiempo en el pensamiento*. Es tan vano soñar una filosofía que se adelante á la actualidad, como creer que un individuo está fuera de su tiempo. Si una teoría va más allá, lo que hace entonces es fabricar un mundo *como debía ser*. Un mundo que no existe sino en la imaginacion, elemento aéreo, en el cual toma forma todo lo que se quiera» (1).

Verdaderamente, para Hegel la función de la filosofía es «reconocer la razón en la realidad y darse por contento»: diríamos que la tarea de la filosofía y de la ciencia como filosofía (y aun como historia), consiste en *desentrañar* la realidad, en cuyo fondo late lo racional, *lo que es*.

Ahora bien: ¿quién no ve en este criterio metódico y lógico, el germen de toda la corriente *positiva* de nuestros tiempos?

Lo particular de Hegel, quizá esté en la interpretación metafísica de la sustancia ó contenido de la realidad. como realidad absoluta, *interpretación* por donde Hegel se separa de Kant; para Hegel, en efecto, no hay en rigor *noumeno* á diferencia del *fenómeno*, ni distinción, como en Schopenhauer; el noumeno *voluntad*, el fenómeno *representación*. El fondo de la realidad es lo racional, que se manifiesta como real.

Pero esta posición *realista*, *quietista*, y en cierto respecto de puro historismo, de Hegel, no impide que este haya *idealizado* la realidad, imaginando todo un proceso histórico, y toda una misión providencial, v. gr., al Estado germánico. Hegel desentraña de la realidad la justificación metafísica del Estado alemán ó prusiano; tarea científica que aun domina, no pocos espíritus políticos modernos. En rigor, siguen á Hegel muchos de los comentaristas actuales de la constitución alemana que se imponen como tarea construir doctrinas jurídicas para justificar, *por el examen de la realidad* del Imperio alemán, su sustantividad, su soberanía, su personalidad, su omnipotencia.

---

(1) Ob. cit., pág. 18.

Bastará consultar por vía de ejemplo á M. Laband (1). Esto aparte de que en la doctrina política de Hegel hay—sobre todo al explicar la organización interior del Estado y la ley general de la historia universal—una orientación de cómo *debe ser* el Estado, que por cierto realizó á las mil maravillas el Estado prusiano ó germánico. La filosofía política hegeliana fué, no ya idealista, ó mejor sugestiva de una realidad futura para el pueblo alemán, sino hasta profética (2).

Mas prescindiendo de estas indicaciones generales, veamos cómo afirma Hegel la existencia *real* y *racional* del Estado, y cómo surge en éste la voluntad, ó bien, como es esta voluntad en sí.

El Estado, en la filosofía de Hegel, está comprendido en el mundo moral, el cual entraña como contenido, el Derecho, la Etica, el Estado y la Historia universal. Y el fondo comun del mundo es la *voluntad*.

«Así como en definitiva, dice Stahl exponiendo á Hegel, el Universo emana del pensamiento, abstracción hecha de un sujeto pensante, el mundo moral procede de la voluntad, abstracción hecha de un sujeto, no de la voluntad humana, como en Rousseau, ni de la voluntad divina, como en el punto de vista cristiano, sino de la voluntad simple, que implica los puros momentos de la voluntad que se encuentran en todo querer de la voluntad tomada como idea. Según esto, el derecho, la moral, el Estado, todas las prescripciones é instituciones éticas, no tienen otro fundamento ni otro fin, que realizar esta voluntad sin sujeto activo impersonal» (3). La innovación quizá más interesante que Hegel introduce en el punto de vista político y jurídico, es la afirmación de la *voluntad objetiva*. «Hasta entonces y á partir de Grecia, dice Stahl, el derecho se había fundado en la voluntad individual» (4) He-

(1) Ob. cit., I, cap. 2.º, 10. El sujeto de la potencia del Imperio.
(2) Véase sobre esto Levy-Bruhl. Ob. cit., parte 3.ª, cap. 3.º
(3) *Historia de la Filosofía del derecho*, trad. esp. pág., 312.
(4) Stahl, íd.

gel pone como fondo de la realidad moral, como contenido del mundo moral, la voluntad, sin sujeto; lo racional, la entraña de la realidad, es voluntad. A pesar de las acometidas de Schopenhauer, Hegel y él no están tan distantes. Si quitamos todo el sabor metafísico á la idea de voluntad de Hegel, ahí está el germen de muchas concepciones modernas, empíricas, de la fuerza, de la energía, de la actividad, no como fondo de la realidad, sino como expresión; el germen del dinamismo social y político, hoy tan en auge en la ciencia sociológica y del Estado (1).

El Estado es para Hegel un momento—lógico, dialéctico—del mundo moral; por el Estado se resuelve la oposición de la familia y de la sociedad civil. El Estado, según esto, es necesario, como expresión de la voluntad que se pone en contradicción de términos y se completa en una superior armonía (2).

Concretamente: «el Estado es la realidad de la idea moral, —*Sittlichen Idee*—el espíritu moral, como la voluntad sustancial manifiesta y por sí evidente, que se piensa y sabe, y cumple lo que sabe en cuanto lo sabe. Tiene su realidad inmediata en la moral, y su existencia inmediata en la conciencia, en el saber y en la actividad del individuo, quien tiene su *sustancial libertad* en el seno del Estado, como esencia, fin y producto de su actividad» (3).

«El Estado, añade, como la realidad de la *voluntad sustancial*, que alcanza en él la elevación de la conciencia particular á la universalidad, es lo *racional* en sí y para sí—*das an und für sich Vernünftige*—. Semejante unidad sustancial es el fin absoluto y firme, en el cual la libertad alcanza su punto sublime, que tiene sobre los individuos el más alto derecho, siendo

(1) Claro es que la concepción no se inicia en Hegel; pero en Hegel culmina á modo de una gran intuición que constituye el *eje* de su sistema.

La doctrina de las *Ideas fuerzas*, de Fouillée, tiene un fondo hegeliano indudable.

(2) Ob. cit., §§ 254, 255 y 256.

(3) Ob. cit., pág. 305.

para éstos *el más alto deber* ser miembros del Estado» (1). Porque el individuo no tiene, ni objetividad, ni virtud, ni moral, sino en cuanto es miembro del Estado, el cual es «el espíritu objetivo».

Refiriéndose á Rousseau, y contrastando su doctrina con la del *Contrato social*, escribe Hegel estas líneas interesantes: «Al investigar Rousseau tal noción—el Estado—ha tenido el mérito de señalar como principio del Estado, la voluntad; principio éste, que no sólo por su forma, como el del instinto social ó el de la autoridad divina, sino también por su contenido, es un *pensamiento*, más el *pensar* mismo. Pero cuando la voluntad se comprende tan sólo en la forma determinada de la voluntad individual (como hace Fichte), y no se entiende la voluntad universal como la voluntad racional en sí y para sí, sino como voluntad proveniente de las voluntades individuales, en cuanto conocidas, la asociación de los individuos en el Estado, se verifica por contrato, el cual tiene por base el acuerdo expreso, arbitrario y caprichoso, de donde se siguen ulteriores consecuencias intelectuales destructivas del Estado divino y de la absoluta majestad del mismo...» (2). He aquí aun más clara la idea: «Contra el principio de la voluntad individual, es preciso prevenirse con la noción fundamental de que la voluntad objetiva es lo racional en sí, en su noción, sea ó no sea reconocida y querida por los individuos á su capricho» (3). El Estado en sí y para sí, es el todo moral, la actuación de la libertad; es el espíritu que está en el mundo, y se realiza con conciencia en el mismo...; el Estado está presente en la conciencia, conociéndose á sí propio como objeto existente...», y se realiza, conózcalo ó no el hombre; es la efectividad de Dios en el mundo; el fundamento del Estado «es la fuerza de la razón que obra *como voluntad*». «El Estado no es una

(1) Ob. cit., pág. 306.
(2) Ob. cit., pág. 307.
(3) Ob. cit., pág. 308.

obra de arte», persiste y vive á través de lo accidental... (1).

Para señalar todo el alcance del influjo de Hegel, ó por lo menos la huella de su pensamiento, en buena parte de las doctrinas contemporáneas, aun habría que seguir su razonamiento á través de sus explicaciones de los momentos en que se desarrolla la idea del Estado, á saber: 1.º, el Estado en su organización interior, esto es, el Estado en la Constitución ó en su *Derecho político interno—Verfassung oder inneres Staatsrecht;* 2.º, el Estado en relación con los demás, ó sea en el *Derecho político externo—äusseres Staatsrecht;* y 3.º, el Estado en la idea universal, el Estado en la historia del mundo; sobre todo, para nuestro efecto, importaría el primer desarrollo de esta dialéctica especial del Estado.

Hegel, aunque deduce la existencia del Estado de la voluntad sin sujeto, de la voluntad como realidad, que contiene toda la fuerza que entraña la Idea—Dios—al concretar la existencia de la Idea del Estado, en el desarrollo lógico del mundo moral, en suma, al pasar de la voluntad absoluta, á la voluntad actuante que se manifiesta en el Estado, no puede menos de personificarlo en una representación actual, en el Gobierno; y así, prácticamente, la doctrina del Estado de Hegel, con todo su aparato metafísico, se traduce en una afirmación favorable, no ya á la sustantividad del Estado, y al reconocimiento de una voluntad colectiva, cuyo sujeto fuera el todo social—v. gr., el pueblo—, sino á la sustantividad virtual, elevada, omnipotente, metafísica, indiscutible en su fuerza incontrastable, de las instituciones gobernantes, en las cuales viene como á sintetizarse lo racional, la entraña misma de la realidad. Por este lado Hegel ha sido, y es, el inspipirador más poderoso del absolutismo del príncipe y del absolutismo del Estado, que ha tenido su expresión más pura y completa en el Estado prusiano, y de la cual es aun una consecuencia muy específica, el actual Imperio alemán, te-

(1) Ob. cit., v. el § 248.

niendo reflejos á veces harto acentuados en las aspiraciones «imperialistas» de los pueblos.

Pero, prescindiendo de esto, si una vez más procuramos despojar de su ropaje metafísico y personal, de estilo á veces, á las ideas de Hegel sobre el Estado, en sus dos elementos, fundamental y personal, quiero decir, el concepto del Estado en sí, y la noción de éste como Estado constituído, quedan á mi ver en pie varias indicaciones, que traducidas en un lenguaje positivo, quizá puedan expresarse en estos términos:

1.° El Estado es, sobre todo, *voluntad*; en otras palabras, el Estado es fuerza, energía, que tiene su raíz originaria en la realidad, y más concreta y expresivamente, en la vida; allá en el fondo de donde brota la energía del Universo, brota ó se elabora el Estado; mejor aún, el Estado es actividad real y viva, que se hace sentir como voluntad.

2.° El Estado es cosa sustantiva: su acción es suya, se revela con voluntad propia, distinta, que no nace del acuerdo de las voluntades individuales, que no es posterior á éstas, sino superior siempre, y constantemente existente al par de ellas: en suma, la voluntad concreta del Estado es voluntad del Estado, que se elabora como voluntad *del* Estado, por él y en él.

3.° El Estado es necesario, y como necesario, natural, tiene una voluntad necesaria.

4.° La voluntad del Estado se manifiesta en la historia y á través de ella, expresandose á través de la constitución, en las instituciones que le personifican.

Ahora bien: estas ideas, rectificadas, interpretadas según las enseñanzas positivas, bajo el influjo de la sociología, privadas ó no de sus supuestos metafísicos, ó apoyadas en otros más ó menos implícitos, y mezcladas á veces con las de Rousseau, imperan en gran parte de las doctrinas políticas modernas, y se traslucen en todas las que se inclinan á atribuir al Estado voluntad distinta, personalidad sustantiva, ó cuando menos el carácter de simple sujeto de derechos.

Hay, sin duda, ya lo advertimos, cambios importantes; no

puede prescindirse en la interpretación de las concepciones contemporáneas, de la voluntad del Estado y de su personalidad, de la acción modificadora de la escuela histórica, que introduce en la voluntad hegeliana objetiva, el sujeto vivo del pueblo, con su espíritu generador de la costumbre real, y con su fuerza efectiva, ó sea con dinamismo creador del derecho, del lenguaje, de la religión, y de todas las grandes obras colectivas; ni cabe tampoco prescindir del punto de vista orgánico, que procedente de Schelling, tiene una manifestación fecundísima en Krause y su escuela; punto de vista que modifica el carácter exclusivista de la voluntad, para explicar la sustantividad del Estado; ni es posible olvidar, por fin, cuánto supone en la elaboración de la noción contemporánea de la voluntad del Estado, la psicología colectiva ó social, y la sociología con todas sus hipótesis, para explicar la naturaleza de la sociedad—la voluntad social—...; todo esto, repito, es preciso recordarlo, y de todo ello hay huellas profundas, manifestaciones importantísimas, en la elaboración actual de las doctrinas favorables á la sustantividad del Estado, y no podría formularse una teoría de ésta sin tenerlo presente; pero esto no obsta para que podamos asegurar, que los antecedentes más calificados de las concepciones contemporáneas del Estado, que admiten como cosa real la existencia de *una voluntad* en el mismo, aunque sea como expresión política de la voluntad social, voluntad colectiva, están en las doctrinas de Rousseau y de Hegel.

Procuraremos demostrar nuestra tesis en otro artículo.

ADOLFO POSADA,
Profesor de la Universidad de Oviedo.

# DERECHO PENAL

## La intención en los delitos y su estimación por el Jurado.

I. La intención como elemento ético: ausencia total del elemento intencional, y modificaciones de la intención.—II. Competencia del Jurado y términos de su contenido.

I. La determinación injusta de la voluntad negando violentamente el Derecho, y la posición antijurídica en que el sujeto se coloca, desconociendo, no un derecho privativo y específico, sino todo un orden de relaciones jurídicas, genera el hecho culposo que requiere para el restablecimiento de dichas relaciones la reacción de la pena, que debe subseguir inmediatamente á la violencia que la acción malvada representa.

La intención en el proceso, desenvolvimiento y finalidad del acto antijurídico que el delito significa, es un elemento de naturaleza psíquica, cuya presencia, dado su origen interno, sólo podrá ser apreciada por hechos de observación externa que revelen la relación lógica entre los medios de acción utilizados por el agente, y el resultado de la acción misma.

Porque no es la voluntad en su concepto genérico lo que integra la intencionalidad característica del dolo, que es alma, vida, raíz y sustancia del delito en toda la extención de su significado ante el Derecho. Sin la voluntad, ó sea, sin la consciente resolución que impulsa nuestro activo movimiento en el obrar injusto, no puede sernos atribuído, en términos de responsabilidad, ningún acto; porque lo involuntario no es ja-

más fuente de imputabilidad, y los movimientos primeros é inconscientes, aun no siendo ordenados al fin del Derecho, son en todo caso motivo de excusación ante la ley penal.

Pero ocurre á veces que en las determinaciones de nuestra actividad, el acto que nos propusimos realizar, ajeno tal y como fué concebido á toda transgresión jurídica, produce en sus consecuencias un delito; ó que, reprobado ó punible en sí mismo el hecho ejecutado, la finalidad excedió á aquello que nuestra voluntad quiso real y efectivamente ejecutar. Lícito es el acto voluntario de desmontar en el interior de nuestra casa un arma de fuego, y seguramente, quien esto hizo, no tuvo el propósito criminal y doloso de herir ó matar al transeunte que discurría por la calle: voluntaria fué la acción, pero nos guardaríamos mucho de llamarla intencionada, en razón á que la relación de armonía entre el imperativo de la voluntad del agente y la finalidad de su resultancia, aparece clara y notoriamente quebrantada. La ausencia del intento que caracteriza el dolo, es total, pero no puede decirse sin error que el acto fué involuntario, pues obra de la voluntad debe estimarse el hecho de descargar el arma sin prever lo que, siendo previsible, pudo ser evitado; y esa omisión punible en el obrar es precisamente el origen de la responsabilidad, que surge más bien que del acto querido por el sujeto responsable, de sus previsibles aunque imprevistas consecuencias.

Acontece también, que concurriendo el dolo, ó sea la voluntad criminal en la concepción del hecho y en su ejecución consciente, la realidad fué más allá del propósito del culpable, que el mal causado excedió del que éste se propuso ejecutar, en una palabra, que el delito, tal y como se ofrece ante la sanción de la ley, no tiene notas de tanta gravedad como aquél que quiso é intentó cometer el sujeto responsable. No es posible entonces negar el dolo por la inconcurrencia de la intención 5.ª, la cual únicamente se nos presenta parcialmente aminorada, y así surtirá sus efectos en orden á la responsabilidad.

Todavía habrá de ofrecérsenos el elemento intencional en otro bien original aspecto. Nos referimos al caso en que el delito realmente ejecutado es absolutamente distinto de aquél que el sujeto quiso y se propuso en efecto ejecutar: aspecto de la intención en el delinquir previsto en el art. 65 de nuestro Código penal. Si la intención es aquella determinación consciente de nuestra voluntad en orden al propósito concebido, de tal manera que el acto realizado sea en sí mismo y en sus consecuencias el que el agente quiso realizar, no puede dudarse de que, quien al herir y matar á un extraño, hiere ó mata á su padre por un accidente ajeno á su propósito, no tuvo intención de cometer un parricidio, y ello no obstante, la ley agrava su responsabilidad imponiéndole una mayor pena que al reo de homicidio no cualificado. Desde luego que cuando en el obrar de la voluntad no se adivina propósito alguno de delinquir, el dolo no concurre en la acción, que en sí misma es ajena de todo punto á la sanción de la ley penal. No hay la voluntad culpable—*voluntas sceleris*—que integrando el dolo origina la imputabilidad criminal en el sujeto responsable; pero si ese acto voluntario, aunque criminalmente imputable, causa un mal definido como delito por efecto de nuestra actividad inerte y descuidada, de nuestro proceder temerario, aunque inintencional, ¿cómo no exigir responsabilidad ante la ley á quien por obra de su voluntad, ya que no de su intención, produjo un hecho perturbador de aquella tranquilidad jurídica, que es la resultante del ordenado ejercicio del Derecho? La ley positiva atiende, al acudir á la defensa del derecho social, más que al estudio psicológico de ciertos elementos de investigación interna que informan y determinan el modo de obrar de la actividad del hombre, al efectivo resultado de la acción ejecutada, entendiendo justo reprimir los atentados al derecho que son debidos á una omisión culpable en el desenvolvimiento de nuestres facultades psíquicas, si bien templando los rigores de la pena, invocando motivos de equidad que dulcifican y dan realidad de vida á la acción de la justicia.

La concurrencia en más ó en menos del elemento intencional, reviste, por el contrario, de la notoriedad de su ausencia, al acto voluntario del carácter de doloso, y en virtud del principio de que el que es causa de la causa, es causa de lo causado, é invocando la doctrina jurídica de la responsabilidad del hecho por sus consecuencias, se imputa al agente un delito que no tuvo intención de cometer, como acontece en el delito de lesiones, cuando por circunstancias ajenas al propósito del culpable sobreviene la muerte, y se le estima reo de homicidio.

Nuestro Tribunal de casación ha establecido, en cuanto á la responsabilidad del autor de un hecho, cuyas consecuencias originaron un distinto delito de aquél que el culpable quiso y se propuso cometer, una doctrina tan explícita como terminante. Son imputables, dice la sentencia de 3 de Abril de 1903, publicada el 23 de Mayo, al culpable, las naturales consecuencias del acto constitutivo del delito que ejecuta, siempre que el hecho no resultase agravado por cualquier otra acción imputable al ofendido ó á tercera persona; en virtud de cuya doctrina, al establecer el Jurado que la pulmonía traumática consecutiva á la herida del pecho sobrevino por no haber sido la lesionada oportuna y convenientemente curada, como en el veredicto no se afirma que una tercera persona pueda ser responsable de tal omisión, ni en qué consista la falta de oportunidad y conveniencia del tratamiento, y pudiendo la muerte ser una consecuencia fatalmente necesaria de la lesión, debe responder el acusado del delito de homicidio y no del de lesiones (1).

---

(1) Es por todo extremo notable la doctrina establecida acerca de la responsabilidad del hecho y sus consecuencias en la sentencia de 11 de Octubre de 1902, pub. el 17 de Enero de 1903. En ella, y no obstante *haber negado el veredicto la culpabilidad del acusado como autor de la muerte,* afirmando tan sólo en otra pregunta serlo de lesiones graves, el Tribunal Supremo declaró que aún no reconociendo el Jurado la culpabilidad por el homicidio, como el autor de un acto consciente y voluntario lo es de sus consecuencias, y no constando abandono, negligencia ó descuido en el lesionado, ni

Ocurre asimismo con sobrada frecuencia, que los tribunales del juicio se ven en la necesidad del investigar, al definir el delito, cuál fuese la intención del culpable, elemento sustancial en muchos casos para la acertada denominación jurídica del hecho procesal. El disparo de arma de fuego que no produce consecuencias, ó que ocasiona tan sólo lesiones, puede elevarse á la categoría de un homicidio ó asesinato frustrado, según conste ó no probado que el agente tuvo intención de matar, y si no produjo la muerte se debió á causas ajenas de todo punto á su propósito, criminalmente encaminado á tal finalidad. Fenómeno interno éste de la intención, sólo puede ser determinado poniendo en armonía la resultancia del acto con los medios utilizados para su ejecución, estableciendo la proporcionalidad necesaria entre la extensión del mal causado y los antecedentes del lugar, tiempo y forma en que fué producido. Difícil tarea de investigación, porque hay necesidad de

---

inobservancia del plan curativo, el procesado era responsable del delito de homicidio y no del de lesiones graves.

Otra sentencia, la de 2 de Abril de 1902, pub. el 23 de Mayo, establece las excepciones del caso de imputabilidad del hecho por sus consecuencias, de modo tan explícito, que no puede suscitarse duda alguna en la materia. He aquí su doctrina:

*Que si bien es constante doctrina del Tribunal Snpremo que quien es autor voluntario de un hecho lo es también de sus consecuencias, y por tanto, que el que causa unas lesiones que ocasionan la muerte por relación más ó menos directa, habrá de responder del resultado definitivo del acto ejecutado, esa doctrina carece de aplicación al caso en que notoriamente conste que las lesiones hubiesen curado dentro de tal ó cual período con independencia de la muerte sobreveniaa, y resulta asimismo probado que ésta ocurrió á consecuencia de actos maliciosos ó imprudentes del lesionado, ó de tercera persona, porque es principio de moral, universalmente reconocido, que nadie debe responder más que de sus propios actos y de las consecuencias de ellos lógicamente derivadas, y no de los que con solución de continuidad con relación á la causa inicial, son producto del dolo, imprudencia ó impericia de un tercero.*

*Que en consecuencia de esta doctrina, afirmando el Jurado con incuestionable competencia, que las lesiones hubieran curado con pérdida del brazo, si no hubiesen sobrevenido complicaciones por los errores que el Médico cometió, es obvio que el procesado no puede ser responsable del delito de homicidio, sino simplemente del de lesiones graves con pérdida de miembro principal, previsto en el núm. 2.º del art. 431 del Código penal.*—(N. del A.)

exteriorizar aquella misteriosa labor del intelecto humano que concibe y desarrolla en impenetrable silencio la realización externa de los actos humanos, cuya ejecución encomienda á la voluntad.

En conclusión: la intención como elemento ético del delito no aparecerá seguramente en aquellos actos que contra el propósito del culpable, si bien por su descuido ó negligencia, ocasionaron un mal expresamente definido como punible en la ley —imprudencia temeraria ó simple con infracción de reglamentos—; resultará como motivo de atenuación si el mal producido fué de mayor gravedad que el que se propuso realizar el culpable; y finalmente, el elemento intencional podrá sufrir tal desviación que llegue á penarse un delito de distinta naturaleza de aquel que el culpable quiso, y en efecto se propuso cometer.

II. La determinación de las facultades del Jurado en sus relaciones con la Sección de Derecho, aparece concretamente establecida en la ley, y la constante doctrina del Tribunal de Casación es por todo extremo clara y concluyente.

Los jurados con absoluta libertad de conciencia declararán la culpabilidad ó inculpabilidad de los acusados, respecto á los hechos que, determinantes de delito, les atribuyan las conclusiones definitivas de las partes, y la concurrencia ó inconcurrencia de los *hechos circunstanciales* modificativos total ó parcialmente de la responsabilidad criminal; reservándose á los Magistrados establecer la calificación jurídica de los hechos afirmados en el veredicto, ya en cuanto á la definición del delito, ya respecto á sus circunstancias excluyentes, agravantes ó atenuantes, así como todo lo relativo á la responsabilidad civil del procesado ó de terceras personas, aplicando, finalmente, la pena establecida por la ley, ó decretando la absolución caso de inculpabilidad ó de exención completa de responsabilidad del presunto culpable.

Ese principio, que pudiéramos denominar general, relativo á la competencia respectivamente privativa de los jurados de

hecho y de los Jueces de derecho, se desenvuelve en otros ar ticulados de la ley al establecer la fórmula de las preguntas del veredicto, atribuyendo al Jurado la facultad de resolver acerca de hechos inductivos de elementos materiales y morales influyentes en la naturaleza jurídica del delito imputado, á la participación de los acusados como autores, cómplices ó encubridores, al estado de ejecución á que llegó el delito, y á las circunstancias eximentes, atenuantes ó agravantes que hubieren concurrido.

En cuanto al elemento intencional, cuya trascendencia es innegable en el delito, el Jurado define, no el hecho, sino el concepto integrante de la intención en los casos de imprudencia temeraria ó simple, con infracción evidente de disposiciones de carácter reglamentario.

La tésis jurídica de la imprudencia punible que el Jurado afirma ó niega al contestar la pregunta cuya fórmula establece el art. 76 de la ley, habrá siempre de venir subordinada á la inexcusable de culpabilidad, de la cual es modificación que á ella subsigue, porque sin la culpa clara y explícitamente reconocida, no hay términos posibles de finalidad en la imprudencia. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en senten cias de 10 de Febrero de 1896 y 20 de Noviembre del mismo año, insistiendo en tal doctrina en la de 26 de Octubre de 1899, publicada en 7 de Mayo de 1900; siendo muy de tenerse en cuenta lo establecido en la de 10 de Enero de 1902, publicada en 22 de Septiembre siguiente, por cuanto en ella se previene, que tratándose de simple imprudencia con infracción de reglamentos, la pregunta ha de ser, además de subordinada á la general de la culpa, única, esto es, incluyendo en la interrogación de la simple imprudencia la infracción de los reglamentos, que la reviste del aspecto de delito atribuído á la competencia del Jurado.

La doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo á la determinación por el Jurado de la intención como elemento moral del delito, es bien terminante y aleja todo motivo de posi-

bles dudas. En aquellos juicios criminales, en los cuales el Jurado no interviene, el elemento intencional no es de la exclusiva apreciación de las Salas sentenciadoras, porque de entenderse así, resultaría que, sin prohibirlo expresa ni tácitamente la ley, vendría á quedar anulado el recurso de casación sobre tan importante extremo, y sin efecto la facultad otorgada al Tribunal Supremo para resolver si el hecho era realmente malicioso y no imprudente y temerario, y viceversa. (Sent. de 30 de Diciembre de 1896.) Por el contrario, en los procesos sometidos al Tribunal del Jurado, á éste con jurisdicción inapelable, toca y corresponde resolver sobre la intencionalidad en el agente, ya la intención se estime como constituyente del delito, ya haya de ser estimada como mera circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del acusado. (Sentencias de 10 de Febrero y 16 de Marzo de 1896 y 6 de Abril de 1897.)

Aparte de los casos de notoria imprudencia punible, en que la ausencia de la intención de causar el mal que la ley califica de delito es evidente, ocurre á veces que la intención en el ánimo del culpable define ó no el delito, según la determinación más ó menos concreta de ese elemento en sus relaciones con el mal ciertamente producido. Sirva de ejemplo el delito especial de disparo de arma de fuego, en cuyo delito, si la intención de dirigir el disparo contra cualquiera persona no se revela claramente, ó si el acto se produjo por mero descuido ó grave negligencia, el delito sancionado en el art. 423 del Código penal desaparece, y únicamente será estimable el de lesiones, si con aquél se hubiesen efectivamente causado. (Sentencia de 20 de Junio de 1900.)

Más ese mismo delito de disparo de arma de fuego sufre modificaciones trascendentales en cuanto á su calificación jurídica por la presencia demostrada de la intención encaminada á la producción de la muerte en la persona víctima del disparo, pues entonces pudiera resultar un homicidio ó un asesinato frustrado integrados en el acto de disparar un arma de

fuego contra una persona cualquiera. El Tribunal Supremo decía, con sumo acierto (Sent. de 6 de Abril de 1897), «que al autor de un delito penado, determinado individualmente en la ley, no cabe atribuirle otra intención que la que lógica y racionalmente pueda derivarse del mal causado, salvo cuando de manera clara y terminante se demuestre mayor trascendencia en los propósitos del culpable»; y asimismo, que era evidente la intención de matar, «si atendido el arma con la que el agente hizo el disparo, la distancia á que lo verificó, la región del cuerpo á donde fué dirigido y las palabras con que acompañó la acometida, demuestran por indudable modo, no sólo el propósito de causar la muerte, sino la íntegra realización de todos los actos que debieron producir el delito de asesinato, el cual no llegó á consumarse por ajenos motivos á la voluntad del acusado». (Sent. de 8 de Enero de 1903.)

La determinación del intento como factor que en tales casos define el delito, viene atribuída al Jurado á quien la ley encomienda la declaración concreta, no sólo de ese elemento moral, sino acerca del estado de ejecución á que llegó el delito, sin que deba redactarse la pregunta en cuanto á la tentativa ó al delito frustrado, en los términos establecidos por el art. 850 de la ley de Enjuiciamiento criminal de 1872, en razón á que el 76 de la vigente ley del Jurado, prohibe terminantemente el empleo en el interrogatorio de todo concepto jurídico. Bastará, por tanto, fijar cuidadosamente los elementos morales constitutivos del delito ó de sus circunstancias, á fin de que la Sección de derecho pueda establecer la oportuna calificación legal, que de de otra suerte no habrá términos de ser determinada, mediante á la relación de dependencia que la ley requiere exista entre el reconocimiento afirmado en el veredicto sobre los elementos morales del hecho culposo, y su conceptuación jurídica en la sentencia.

No quiere esto decir que cuando de homicidio ó asesinato frustrado se trate no deba interrogarse claramente al Jurado si el culpable *tuvo el propósito de matar*, limitándose á demandar

sus afirmaciones acerca de hechos reveladores de la intención. La doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias de 27 de Enero y 11 de Julio de 1903, no obstante lo establecido en la de 8 de Enero del mismo año, parece requerir la necesidad de que la afirmación del Jurado sea explícita, no sobre hechos meramente inductivos de la intencionalidad, sino acerca de la realidad del propósito de matar en el agente; y ante lo establecido de manera tan categórica por nuestro Tribunal de Casación, los Tribunales obrarán con más acierto si, aparte de establecer en el interrogatorio al Jurado los hechos que crean oportunos para deducir los elementos morales de la intención, formulan la pregunta concreta que la revele de modo que no deje lugar á dudas sobre tal extremo (1).

---

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Enero de 1903, publicada el 30 de Marzo:

*La clase de arma con que el culpable verificó el disparo, la distancia á que lo hizo, la región del cuerpo á donde lo dirigió y las palabras de* toma, Médico, *con que acompañó su acto, demuestran por evidente modo, no sólo la intención de matar, sino la íntegra realización de todos los actos que debieron producir el delito y la muerte, por consiguiente, de la víctima, la cual no se produjo por ajenos motivos á la voluntad del acusado.*

Sentencia de 27 de Enero de 1903, pub. el 21 de Abril:

*Calificado por las acusaciones el hecho procesal de asesinato frustrado, al Jurado correspondía declarar si el agente tuvo ó no intención de matar, ya porque se trata de un elemento moral atribuído concretamente á su competencia por el art. 72 de la ley de 20 de Abril de 1888, ya también porque el art. 76 de dicha ley ordena que el Jurado declare sobre el estado á que llegó el delito, lo cual implica la necesidad de que se formule una pregunta en el veredicto acerca de la intención en los casos en que de la contestación á ella depende que exista el delito objeto de la calificación, ú otro distinto.*

*Afirmado por el Jurado que el culpable se propuso matar á la víctima, tal afirmación es base obligada de criterio para la apreciación por la Sección de derecho del concepto jurídico del hecho, y en tal supuesto, constando que el agente se propuso matar, sin que la muerte se produjese, y realizados, no obstante, todos los actos de ejecución, no es posible estimar un simple delito de lesiones, sino de mayor trascendencia, puesto que su calificación habrá de elevarse á la de homicidio ó asesinato frustrado.*

Sentencia de 11 de Julio de 1903, pub. el 25 de Octubre:

*El disparo de arma de fuego contra una persona, y las lesiones que por ese ú otro medio voluntariamente se ocasionan, sólo pueden tener el carácter de homicidio ó asesinato frustrado, cuando de modo cierto conste que la intención del culpable fué la de producir la muerte al ofendido*

La intención, como elemento demostrativo de la voluntad culpable en el obrar, es á veces una mera accidentalidad del delito que naturalmente influye como hecho circunstancial de atenuación, porque contra el propósito doloso del agente el hecho resultó de mayor gravedad que la querida por su autor. Surge entonces una atenuante en cuanto á la imputabilidad del acto ejecutado, ó sea aquella circunstancia de no haber tenido el culpable intención de producir un mal de tanta gravedad como el efectivamente causado. No se trata en tal supuesto de la total ausencia de la voluntad dolosa en la producción de un hecho que sin embargo es punible—imprudencia, negligencia ó descuido graves—, ni tampoco de que queriendo dolosamente el culpable cometer determinado delito, resultó ejecutado uno más grave, ú otro de naturaleza distinta, sino de que queriendo el autor realizar efectivamente el hecho punible, éste resultó en desproporción evidente con el propósito que le dió realidad de vida.

Ahora bien: que al Jurado corresponde establecer el alcance de la intención como elemento modificativo de la responsabilidad, parécenos incuestionable, porque la afirmación ó negación de los supuestos de hecho, motivo de elementos morales influyentes en la acción culpable, son de la privativa competencia de dicho Tribunal, según expreso mandato de la ley y constante doctrina de la Sala de casación en lo criminal. Las

---

*sin conseguirlo, no obstante, por motivos independientes de su voluntad.*

*En los procesos que son de la competencia del Jurado, á éste exclusivamente corresponde declarar acerca de ese elemento moral, á cuyo efecto debe formularse en el veredicto la correspondiente pregunta con arreglo al párrafo segundo, art. 72 de la ley, por lo cual es indispensable someter á la decisión del Tribunal popular lo relativo á la intención, que es un elemento ético por excelencia y base de la culpabilidad atribuída por la acusación al procesado.*

*Omitida indebidamente dicha pregunta, no cabe sustituirla de ningún modo por otras cualesquiera, sin notoria extralimitación, tanto más cuanto que la afirmación de que el procesado mataría á quien le quitase el cargo, no arguye necesariamente en el culpable el propósito de matar, habiendo por lo expuesto incurrido en error el Tribunal al estimar como asesinato frustrado lo que dados los términos del veredicto no era sino un delito de disparo de arma de fuego.*—(N. del A.)

dificultades que pudieran surgir en el establecimiento de las líneas separatorias entre la jurisdicción del Jurado y la reservada á la Sección de Magistrados, aparecen sin embargo dibujadas con innegable claridad en el art. 2.º de la ley de 20 de Abril de 1888, acertadamente interpretada por nuestro Supremo Tribunal.

Corresponde al Jurado, según su reiterada doctrina, resolver en su veredicto acerca de la existencia ó inexistencia de supuestos de hecho determinantes ó no de circunstancias que excluyan, atenúen, cualifiquen ó agraven la responsabilidad criminal del inculpado, y es privativo del Tribunal de Magistrados calificar jurídicamente dichas circunstancias, derivándolas rectamente de los hechos contenidos en el veredicto, cuyas cuestiones son ó deben ser el trasunto fidelísimo de las conclusiones de las partes respectivas, consignadas en los escritos de acusación y de defensa.

La Seccion de derecho posee en lo relativo á la intención, como modificativa de la responsabilidad, una atribución importantísima: la de no reconocer la existencia de la circunstancia atenuante 3.ª, si el Jurado, con incompetencia notoria, afirma el concepto de la no intención en lugar de afirmar simplemente hechos de los cuales pudiera rectamente derivarse. Aun afirmando el Jurado que el culpable no tuvo el propósito de causar un mal de tanta gravedad como el producido, no puede deducirse de tal afirmación, dicen las sentencias de 14 de Julio de 1896 y 10 de Marzo de 1905, la concurrencia de la circunstancia atenuante 3.ª, si el culpable empleó voluntariamente un medio de ejecución adecuado á producir la muerte (1).

Es evidente, por tanto, que cuando se requiera del Jurado

(1) Sentencia de 10 de Marzo de 1903, pub. el 11 de Mayo: *No esposible la estimación de la circunstancia atenuante 3.ª, pues aunque el Jurado afirma que el culpable no quiso matar á la víctima al taparla la boca y la nariz, tal afirmación se contradice por el hecho reconocido también en el veredicto, de que con tal procedimiento produjo el acusado la asfixia y consiguiente muerte de la ofendida.*—(N. del A.)

la afirmación ó negación de la mencionada circunstancia, la pregunta de la Sección de Magistrados ha de sustentarse, no sobre términos jurídicos prohibidos por el art. 72 de la ley de 20 de Abril de 1888, sino que en el interrogatorio han de consignarse hechos tomados de las conclusiones definitivas de las partes, inductivos de la falta de intención en el agente, la cual ha de ser estimada en la sentencia por la relación de proporcionalidad entre el mal real y efectivamente causado, y los medios utilizados por el culpable para producirlo.

Terminante es acerca de ello la doctrina de modo reiterado establecida por el Tribunal Supremo de Justicia. No es admisible, consigna la sentencia de 20 de Mayo de 1903, publicada el 7 de Agosto, el recurso de casación en la forma, fundado en el art. 77 de la ley del Jurado, por haber omitido el Tribunal del juicio la inclusión en el veredicto de una pregunta relativa á si «el culpable tuvo intención de causar la muerte al interfecto al darle el pinchazo», cuya pregunta fué rechazada por no aducirse hecho alguno en que pudiera fundarse tal circunstancia, porque la denegación de la Sala se ajustó estrictamente á la ley, sin incurrir en la falta procesal invocada como motivo del recurso.

La simple afirmación por lo expuesto del concepto que integra jurídicamente esa circunstancia atenuante, no puede constituir el texto de la pregunta que haya de llevarse al veredicto, porque conforme á los arts. 70 y 72 de la ley de 20 de Abril de 1888, las preguntas que habrá de formular el Presidente á los jueces populares han de ajustarse á los hechos de las conclusiones con exclusión de todo concepto jurídico; y en cuanto á las relativas á elementos morales ó materiales, deberá el interrogatorio encaminarse á la determinación de la existencia de esos mismos elementos, únicos que corresponden al conocimiento y son la competencia del Jurado.—(Sentencia de 26 de Marzo de 1903, pub. el 18 de Mayo.)

Estudiadas de modo muy sintético las manifestaciones del elemento intencional en el delito que, como fenómeno de or-

den psicológico, que es la intención, sólo puede sernos conocido por manifestaciones externas y siempre de modo más ó menos perfecto, y deslindados asimismo los términos de competencia en cuanto á su apreciación por el Jurado ó por los Tribunales de derecho, habremos de concluir, resumiendo en brevísimas palabras, cuál sea la jurisdicción respectiva en la materia de los Jueces de hecho y de derecho, conforme á la adecuada interpretación de la ley de 20 de Abril de 1888 (1).

Al Jurado corresponde ante todo resolver con arreglo á su conciencia acerca de la existencia de los hechos morales y materiales, originarios é integrantes de la culpabilidad del acusado, y determinantes ó no de aquellas circunstancias, que excluyen, atenúan, cualifican ó agravan la criminal responsabilidad del acusado. Es también de su competencia la libérrima apreciación del elemento ético de la intención en los casos de imprudencia culpable, ó de que ella informe la naturaleza ó el grado de ejecución á que llegó el delito, quedando sus atribuciones limitadas á reconocer ó negar supuestos de hecho cuando el elemento intencional modifique como atenuante la responsabilidad criminal del inculpado. Y á la Sección de derecho, en armonía con las afirmaciones del veredicto, incumbe calificar y dar nombre al delito, á su grado de perpetración, á la participación legal del acusado y á la determinación de las circunstancias rectamente derivadas de los hechos; y, finalmente, á la resolución de todas las cuestiones relativas á la responsabilidad civil del procesado ó de terceras personas por consecuencia del delito.

---

(1) Sentencia de 30 de Diciembre de 1896, pub. el 4 de Febrero de 1897:

*En las causas sin intervención del Jurado, el elemento moral de la intención no es de la exclusiva apreciación de las Salas sentenciadoras, porque de entenderse así resultaría que sin prohibirlo expresa ni tácitamente la ley, vendría á quedar anulado el recurso de casación sobre tan importante extremo.*—(N. del A.)

P. González del Alba,
Magistrado de la Audiencia de Madrid.

# REVISTA DE REVISTAS JURIDICAS

## ESPAÑOLAS

### Gaceta del Notariado.

(Núm. 1.°, 1904, Madrid.)

ANTONIO J. CASTAÑÓN: *Interpretación del art. 1572 del Código civil.*—Dice este artículo: «El comprador con pacto de retraer no puede usar de la facultad de desahuciar al arrendatario hasta que haya concluído el plazo para usar del retracto». Menciona el articulista los precedentes del citado precepto legal. Transcribe lo dicho por el Sr. García Goyena, en sus Comentarios al proyecto del Código civil de 1851, al tratar de explicar el fundamento del precepto legal antes copiado: «el comprador, dijo el Sr. García Goyena, no adquiere irrevocablemente la propiedad de la cosa hasta que haya expirado el plazo ó término del retracto. Si el vendedor hace uso de él habrá de mantener el arriendo. Todo pende, pues, de este evento. Arrendatario, se entiende del que lo es al tiempo de la compra, no del posterior, que él mismo ha admitido.

No está conforme el articulista con la opinión del Sr. García Goyena, y entiende que, como el comprador, con pacto de retraer, ejerce sobre la cosa el mismo derecho de propiedad que cualquiera otro comprador, sin más diferencia que aquél puede ser propietario temporal, pues todo depende de que la venta se consume, y al no tener el *jus abutendi*, debe tener el derecho de desahuciar, tanto más cuanto lo tiene el usufructuario, que ejerce siempre sobre la cosa un derecho temporal, derecho que puede ser perpetuo cuando del pacto de retraer se trata.

Según el articulista, la intención del legislador al redactar el precepto contenido en el art. 1572 del Código, es la siguiente: «que

el comprador con pacto de retraer no pueda desahuciar al arrendatario hasta que haya concluído el plazo para usar del retracto; es decir, que si no se fijó término al arriendo ó éste fué menor que el del pacto, no rigen las disposiciones de los arts. 1577 y 1581 del Código, ni tampoco la causa 1.ª del art. 1569. El legislador trató de hacer una excepción á la causa 1.ª del art. 1569, pero no á la 2.ª, 3.ª y 4.ª». Por tanto, según el articulista, el comprador con pacto de retraer, puede desahuciar al arrendatario, por falta de pago, del precio convenido y por las demas causas que dan lugar al desahucio.

***

## El Consultor de los Ayuntamientos.

(Núm. 52, 1908, Madrid.)

La Redacción: *Accidentes del trabajo. De cuáles responde el patrono.*—La sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 21 de Octubre próximo pasado, estableció la doctrina que el patrono no responde del accidente del trabajo, cuando éste sobreviene «por culpa ó falta inexcusable del obrero que abandona, rehusa ó no aplica los medios que debe adoptar para prevenir el accidente, puestos á su disposición por el patrono». Esta doctrina parece á *El Consultor de los Ayuntamientos* poco conforme con el espíritu y la letra de la ley de 30 de Enero de 1900, que sólo admite como causa de exención para el patrono, cuando de accidentes ocurridos á sus operarios se trata, *la fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente.*

En el art. 2.º del Proyecto de la mencionada ley se consignó este inciso: *por acto voluntario ó falta inexcusable de la víctima;* pero ese inciso fué suprimido por las Cortes, por haber entendido éstas que podían comprometerse los fines á que obedecía la ley. Suprimido en ésta el inciso, no puede discutirse si el patrono, cuando el accidente sobrevenga, está ó no sujeto al cumplimiento de las obligaciones que la ley señala, según que aquél se haya ó no producido por acto voluntario ó falta inexcusable de la víctima. Aun cuando el acto voluntario ó la falta inexcusable existan, la responsabilidad del patrono podrá hacerse efectiva, porque la ley claramente así lo ha querido para evitar que el derecho del obrero perjudicado quede pendiente de la apreciación referente á tales extremos. Sólo la fuerza mayor, extraña al trabajo en que el accidente se produzca, es lo que puede ser alegado útilmente para que quede relevado el patrono de sus obligaciones...

La ley de 30 de Enero no debe entenderse y aplicarse en relación con los principios del Código civil que á la culpa atañen.

***

## Revista de los Tribunales.

(Núm. 50, 1903. Madrid.)

GONZÁLEZ MATA Y AVILA: *La inhibitoria en los juicios ejecutivos.* —Como prólogo de su correcto y bien meditado trabajo, consigna el articulista exactas y pertinentes reflexiones para demostrar los graves inconvenientes y los conflictos á que dan ocasión las oscuridades é insuficiencias de los preceptos legales, porque unas y otras engendran cavilaciones y el sostenimiento de cuestiones discutibles, amparada cada parte en el derecho de suplir la oscuridad ó la omisión con sus propios razonamientos é iniciativas. En estos casos, la ley deja de ser ley, porque ya no es *fuente de disciplina é que muestra el derecho, é que ordena las buenas costumbres, é ama justicia...*, sino que se convierte en una verdadera red en la que se envuelven los que litigan...

El cumplimiento de los preceptos legales en la sustanciación de las inhibitorias en los juicios ejecutivos ofrece dificultades prácticas, cosa que también puede suceder en los declarativos, siquiera la tramitación amplia de éstos haga más difícil y raro el caso. Sabido es que en los juicios ejecutivos puede proponerse la cuestión de competencia, ó valiéndose de la excepción núm. 11 del art. 1464 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó proponiéndola en forma incidental (art. 1480), ó bien entablando la inhibitoria ante el Juzgado competente. En los dos primeros casos, no existen dificultades prácticas; pero en el caso tercero, ó sea cuando el ejecutado hace uso de la inhibitoria, puede sobrevenir un conflicto procesal deplorable.

Porque dada la brevedad del procedimiento ejecutivo, en el que al ejecutado sólo se le conceden tres días para personarse en los autos, oponiéndose á la ejecución, transcurridos los cuales sin haberlo realizado, se le declara en rebeldía, mandando traer los autos á la vista para sentencia, la que queda firme dentro del quinto día, terminando aquí el juicio ejecutivo (sentencia de 28 de Febrero de 1866). Y como la tramitación de la inhibitoria, aunque rápida, exige algunas dilaciones, ocurre en la práctica, que si presentado el escrito deduciéndola no es tramitada pronto, llega el oficio requiriendo de inhibición cuando ya es firme la sentencia de remate

y se ha entrado en el procedimiento de apremio, según ha ocurrido en uno de los Juzgados de Granada.

Y aquí surge la gran dificultad, aparece el antagonismo de los preceptos legales y su insuficiencia. El derecho antiguo conceptuaba nula y sin ningún valor la sentencia dictada por Juez incompetente, y de aquí la necesidad de ratificar ante Juez competente todo lo actuado; práctica que ha modificado sustancialmente el artículo 115 de la ley procesal vigente, que declara válidas todas las actuaciones que se hayan practicado hasta la decisión de la competencia sin necesidad de que se ratifiquen ante el Juez ó Tribunal que sea declarado competente. ¿Para qué es la competencia del Juez? Principalmente para conocer; secundariamente, para ejecutar. Buena prueba de esto es el contenido del art. 76 de la citada ley de Enjuiciamiento, que prohibe las cuestiones de competencia en los juicios terminados por sentencia firme.

Sin embargo, en el caso que el articulista estudia, fué recibido el oficio inhibitorio cuando ya se había dictado y era firme la sentencia; y entrado en el procedimiento de apremio, se declaró el Juez incompetente, dándose el caso anómalo de tramitar y fallar un Juez y «ejecutar la sentencia otro, lo cual es contrario á los principios fundamentales del Derecho procesal, porque separa del Juez las dos facultades anejas á su autoridad: la *jurisdictio* y el *imperium*...» la jurisprudencia, en vez de templar el rigor de la ley, ó suplir mediante una recta interpretación su vacío, ó armonizar sus contradicciones, enreda más la cuestión, pues la sentencia de 10 de Enero de 1884, declara que *aunque el Juez requerido haya recibido el oficio de inhibición después de haber dictado la sentencia, si hubiere el demandado propuesto la inhibitoria el día mismo en que se le cite y estando pendiente el juicio, no pueden perjudicar las dilaciones propias de la tramitación de aquella inhibitoria;* de donde parece deducirse que esa sentencia es nula, que nada de lo actuado desde la *interposición* de la inhibitoria puede perjudicar al demandado, doctrina que es evidentemente contradictoria con el contenido del art. 115 de la ley de Enjuiciamiento civil.

***

## Revista de Legislación Universal.

(Núm, 24, 1903. Madrid.)

E. PELÁEZ MASPONS: *Apuntes jurídicos. Preterición.*—La preterición ó desheredación descansa actualmente en tres bases principales, según enseña la lectura de los artículos 848 y 849 del Có-

digo civil: que se haga constar en testamento; que tenga causa legal, y se cite en aquél esta causa. A continuación expone el articulista el contenido del Derecho romano en lo que atañe á la desheredación.

Después, dice, hablando ya del Código civil vigente, que la preterición no ha sido recibida con agrado por los tratadistas. Esta institución, como las legítimas, la libertad de testar y tantas otras trascendentales en el orden familiar, ha sido vituperada acerbamente por la crítica. El Código no define lo que entiende por desheredación. ¿En qué sólida base puede asentarse la teoría de la desheredación?

Buscan esa base los partidarios de la preterición en el premio que merece el hijo bueno y el castigo á que se hace acreedor el malo. Tal criterio no tiene mucho valor, desde el momento en que sin apelar á la desheredación, el padre puede mejorar á sus mejores herederos. Otros hallan esa base en la conveniencia de sostener en los hijos los principios de sumisión y respecto á la autoridad paterna... La desheredación tiene más carácter de venganza que de castigo, y viene á ser un arma de dos filos que del mismo modo puede esgrimirse contra los ascendientes que contra los descendientes. Según el articulista, la desheredación no es racional ni moral. Pero como existe legalmente, cabe transigir con la desheredación de los descendientes: mas nunca debió haberse autorizado ir contra los padres.

Debiendo constar la desheredación en testamento, y otorgándose éste, por lo general á las puertas de la muerte, al separarse la vista de toda idea mundana, se debe perdonar, ya que el perdón redime y la venganza envilece... Si la desheredación es una pena, no cabe dentro del círculo represivo penal, porque es perpetua... Como la desheredación no significa otra cosa que quitar la legítima asignada á los herederos forzosos, sólo á éstos puede alcanzar la preterición. Si alguno de éstos tiene hijos, como no son ni pueden ser responsables de la conducta de sus padres, la ley civil, con muy buen acuerdo —art. 857 del Código civil—dispone que ocupen el lugar del desheredado, conservando los derechos de herederos forzosos á la legítima. Este es el único precepto, en cuanto afecta á la desheredación, que ha merecido aplauso de la generalidad de los tratadistas, quienes verían con placer la desaparición de la sección 9.ª, libro 3.º, tít. 3.º del Código civil vigente.

JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ

Granada, Enero 1904.

# HISPANO-AMERICANAS

## Anales de Jurisprudencia.

ÓRGANO DE LA SOCIEDAD COLOMBINA DE JURISPRUDENCIA

(Núm. 57. Octubre, 1908; Bogotá.)

ALEJANDRO SANTANDER: *El Ecuador y Colombia en lo relativo al cumplimiento de las sentencias extranjeras.*—La ejecución extraterritorial de las sentencias constituye un problema de derecho internacional privado de mucha importancia. «La Administración de Justicia, dice Vattel, exige necesariamente que toda sentencia definitiva pronunciada con arreglo á la ley, sea considerada cómo justa y como tal ejecutada. El intentar el examen de si es ó no justa una sentencia definitiva, es atacar la jurisdicción del que la ha dictado. El Príncipe no debe, pues, intervenir en las causas de sus súbditos en el extranjero.» Con Vattel opinan muchos otros publicistas de gran renombre, siendo reducido el número de autores que, con Merlín, opinan lo contrario.

El cumplimiento de las sentencias extranjeras es un punto de derecho de diferente aplicación en cada Estado, según haya sido ó no previsto en su Constitución y leyes. Ese punto ha sido estudiado de distinto modo y clasificado en *sistemas*. Ferreira enumera ocho sistemas: Castellani los reduce á cinco, y Constant á tres. Podrían enumerarse tantos cuantos son los Estados autónomos, porque cada legislación difiere de las demás, cambiando los Tratados, por lo general, el derecho interno de cada nacionalidad.

Pascual Fiore, que reduce á cuatro esos sistemas, ofrece una clasificación, que satisface por lo ordenada y científica. Estos sistemas son: 1.°, el de las leyes que niegan á las sentencias extranjeras toda fuerza ejecutiva; 2.°, el de las que subordinan la eficacia de los fallos á la reciprocidad; 3.°, el de las que niegan en absoluto esa eficacia cuando la sentencia extranjera es dictada contra un ciudadano ó súbdito del país en que se solicita su ejecución, y 4.°, el de las que reconocen á dichas sentencias la autoridad de cosa juzgada y las considera como un título ejecutivo, sin más que someterlas á una previa *deliberación,* acerca de si reunen ciertos requisitos esenciales á toda sentencia. Baisini admite esta clasificación, denominando cada sistema con el nombre de la nación que lo ha establecido y lo man-

tiene en vigor. De Italia, Alemania, Inglaterra y Francia provienen los sistemas más conocidos referentes á la materia que se estudia.

Según Baisini, sistema italiano es el que reconoce á la sentencia extranjera autoridad de cosa juzgada, cuando no tiene vicios esenciales que la invaliden; sistema alemán, el de la reciprocidad; sistema inglés, el que reconoce á la sentencia la fuerza de un título ó prueba de obligación, y sistema francés, el que exige la revisión de la sentencia en el fondo, no atribuyendo á los fallos de los Tribunales extranjeros eficacia alguna en el país. ¿En cuál sistema sobre ejecución de fallos extranjeros se hallan comprendidas Colombia y el Ecuador?

Colombia, en 1886, sancionó su Código judicial, incluyendo en él los arts. 876 á 884. Por el primero se preceptúa: «Las sentencias pronunciadas en países extranjeros tendrán en Colombia la fuerza que establezcan los Tratados respectivos de los Gobiernos de esos países con esta República. Si no hubiere Tratados especiales con la nación en que se haya pronunciado la sentencia de cuya ejecución se trata, tendrá ésta en Colombia la misma fuerza que en dicha nación se otorga á las sentencias de los Tribunales colombinos.» De modo que Colombia acepta el sistema *italiano* ó de *deliberación* con los países que, como con España, tiene celebrados Tratados al efecto; y acepta el *sistema alemán* ó de reciprocidad, siempre que se trate de sentencias provenientes de países con los cuales no se haya celebrado Convención.

Por el Tratado de Colombia y España, ratificado en 23 de Agosto de 1898, se dispone: «Que las sentencias, decretos y resoluciones legales dictadas sobre las solicitudes, quejas ó demandas de los españoles en Colombia, y de los colombinos en España, y que adquieran carácter definitivo con arreglo á los recursos, instancias y trámites que ofrezcan la legislación local, surtirán su efecto y se ejecutarán del propio modo que las de los ciudadanos de cada país.» De suerte que á Colombia, en su caso, le obligará la *reciprocidad diplomática*, y no *de hecho*, con España.

En El Ecuador, según resolución de su Corte Suprema de 31 de Marzo de 1903, «no existen leyes positivas que determinen los requisitos ó reglas á que deban sujetarse los Jueces para conceder fuerza obligatoria á las sentencias extranjeras y mandar su cumplimiento. Tampoco existen sobre la materia Tratados con la República de Colombia. Pero á falta de las sobredichas leyes ó Tratados, la legislación ecuatoriana reconoce, respecto de las sentencias extranjeras, los principios del Derecho internacional, como lo comprueba el art. 194 de la ley orgánica de los Tribunales que, al pre-

venir el cumplimiento de los deprecatorios librados por los Jueces de otras naciones, se refiere, no sólo á los que tienen por objeto la práctica de simples notificaciones, declaraciones ú otras diligencias de esta naturaleza, sino también á la ejecución de las sentencias, puesto que el citado artículo es general y no establece ninguna excepción.» De modo que, según esta resolución, la *falta de ley positiva*, sólo es en cuanto á *la determinación* de los *requisitos* á que deben sujetarse los Jueces ecuatorianos, pero no en cuanto al *cumplimiento* que deba darse á las sentencias extranjeras, porque no conteniendo el citado art. 194 de la ley orgánica del Poder judicial excepción, comprende los fallos extranjeros. Pues la parte final del art. 194 del Código de Enjuiciamiento civil, dispone que: «Las diligencias judiciales ejecutadas fuera de la República, en conformidad á sus leyes ó prácticas del país respectivo, valdrán también en el Ecuador.» Además, en esta República está vigente el Tratado de Lima de 1878, Tratado que fué aprobado por la ley ecuatoriana de 2 de Noviembre de 1880, y que dispone el cumplimiento de las sentencias extranjeras: 1.º, si no se oponen á la jurisdicción nacional; 2.º, si la parte hubiere sido citada legalmente; y 3.º, si la sentencia estuviere ejecutoriada con arreglo á la ley del país en que haya sido expedida. Dicho Tratado prohibe toda controversia que no se refiera á alguno de estos tres puntos, y aun previene se cumplan los fallos extranjeros, aun cuando provengan de naciones no signatarias, con sólo que se acredite se observa en ellas la reciprocidad. En este caso se halla Colombia, según el art. 876 de su Código judicial. Por lo tanto, *existe en el Ecuador la legislación positiva de que se trata*, aun en relación con los países con los cuales no hubiere celebrado Tratados sobre el particular.

De aquí deduce el articulista, «que el Ecuador, como Colombia, han adoptado el *sistema italiano ó de previa deliberación;* y el de reciprocidad, con países con los cuales no hubieren celebrado Tratados al efecto.»

Dice el articulista que la Corte Suprema de la República de El Ecuador, ha pasado al Congreso un proyecto de ley que determina con más claridad y precisión que el Tratado de Lima, los trámites que deben observarse cuando se trate de la ejecución de sentencias extranjeras. También existe un Tratado completo sobre todos los puntos que requiere el Derecho internacional privado, Tratado que fué acordado en 18 de Junio de 1903, y que, como el de Lima de 1878 y el de Montevideo de 1889, establece cuanto es necesario respecto al cumplimiento de las sentencias extranjeras. Si los Congresos respectivos de Colombia y El Ecuador aprueban el Tratado

ya convenido entre el Ministro Plenipotenciario de la primera República y el de Relaciones Exteriores de la segunda, quedará la cuestión definida con la precisión deseada.

FRANCISCO OCHOA: *La mision del Abogado.*—Dice el articulista y culto jurisconsulto venezolano, Sr. Ochoa—en su notable trabajo, que muchos deben leer y no pocos inspirarse en él—, que es grande, noble y trascendental la misión del Abogado. Defensor éste de la justicia y del Derecho, vela por que sus fueros y prerrogativas se conserven incólumes; custodio tutelar de la familia, de la sociedad y del Estado; guardian incorruptible de las garantías y derechos de los asociados...; intérprete de la ley que consagra sus vigilias para fijar la verdadera inteligencia de ella, haciendo que descanse sobre principios equitativos y racionales, y se inspire en los inmutables preceptos de la moral y de la justicia.

El Abogado evita que la ambición insaciable y la codicia rapaz arrebaten al hombre probo y laborioso su patrimonio, que la calumnia arrastre al inocente á lóbrega prisión y que la virtud sea abatida. «Los Abogados son, dice Castro, en sus *Discursos sobre las leyes*, los que con sus sanos consejos previenen el mal de la turbación, los que con rectas decisiones apagan el fuego de las ya encedidas discordias, los que velan sobre el sosiego público; de ellos pende el consuelo de los miserables... Por ellos cada uno tiene lo suyo y recupera lo perdido; á sus voces huye la iniquidad, se descubre la mentira, rompe el velo la falsedad, se destierra el vicio y tiene seguro apoyo la virtud.» El articulista, después de haber transcrito lo dicho por el español Castro acerca de los Abogados, afirma que la profesión de Abogado es magnífica, excelsa, y «tan antigua, según el Canciller D'Agnesseau, como la Magistratura, tan noble como la virtud, tan necesaria como la justicia».

Lógico es que desde que se instituyeron los Jueces para conocer y decidir los asuntos ó actos de los hombres, naciera, como una consecuencia necesaria, el derecho de defensa, el derecho de hacerse oir en los juicios, de hacer exculpaciones ó alegatos. Y para esto, los que por su falta de experiencia ó conocimientos no podían defenderse por sí, debieron requerir el auxilio de hombres más aptos ó instruídos, que por su pericia y honradez pudiesen prestar el servicio deseado. De aquí el origen de la palabra *advocatus*—llamado en auxilio de otro—y el ejercicio de la Abogacía.

No en todos los pueblos antiguos fué considerada la profesión de Abogado de una misma manera, ni en todos tuvo la misma importancia. El pueblo egipcio estimaba en poco la oratoria, no existiendo en los juicios que en él se celebraban informaciones ni ale-

gatos verbales, pues sólo se litigaba por escrito. En Roma y Grecia llegó la Abogacía al más alto grado de esplendor. En un principio estuvo reservada esta profesión para la clase patricia; mas luego alcanzó mayores horizontes, llegando los plebeyos á enseñar públicamente el Derecho, como lo hizo Tiberio Corcuncanio, el primer plebeyo que llegó á obtener la dignidad del Pontificado. Otros muchos jurisconsultos siguen su ejemplo, surgiendo así unas brillantes pléyades de profesores en la ciencia del Derecho, llamados jurisprudentes, jurisconsultos ó prudentes. Expone después el articulista el desarrollo histórico de la Abogacía hasta nuestros días.

Dice que si al Abogado se le considera como ministro de la diosa Themis, es menester que los que ofician en los altares de ésta «tengan la conciencia pura, el corazón tranquilo, la mente llena de luz y la vista incontaminada». *Vir bonus, dicendi peritus*, decían los antiguos del orador forense; y aunque esa definición no es rigurosamente la del Abogado, da idea clara y precisa de lo que él debe ser, y determina las dos condiciones más notables que han de caracterizarlo: la bondad ó la probidad y la pericia ó competencia.

La probidad es la primera condición que debe poseer el Abogado. «Sustentar siempre el imperio de la ley, su respeto y debido cumplimiento; proclamar la majestad de los principios y la inviolabilidad de sus fueros; defender la justicia, huir de la mentira y del error, del dolo y de la mala fe; combatir el vicio, la iniquidad y el crimen; hacer frente á las maquinaciones protervas del fuerte y del poderoso; tal debe ser el norte del Abogado... Y debe el Abogado llegar hasta á renunciar la defensa de la parte si en el curso del juicio se convence de que ésta carece de razón y de derecho... La honradez profesional obliga además á una diligencia suma, á fin de que, por descuido, no puedan sufrir detrimento los intereses de las partes... Tiene la Abogacía, como todas las profesiones, su moralidad peculiar, que debe ser practicada cuidadosamente. No debe el Abogado desacreditar al compañero, ni sembrar rivalidades entre los miembros del gremio, ni valerse de manejos para obtener asuntos, ni concitar el enojo del cliente hacia el Juez ó contra el Abogado defensor de la otra parte, ni disimular y menos ocultar la verdad, ni oponerse á una transacción honrosa ó dilatar las actuaciones para devengar más honorarios... La misión del Abogado no es sembrar odios ni fomentar enemistades: su campo de acción es el sereno de la razón y del derecho, que no están reñidos con la concordia y el mutuo respeto...

El sigilo profesional es uno de los más altos deberes del Abogado... Cualidad elevadísima del Abogado es el desinterés. En Roma,

el ejercicio de la Abogacía fué gratuito durante mucho tiempo... La ley *Cincia*—año 549 de Roma—no concedía al Abogado acción alguna para el cobro de sus honorarios. Fué el Digesto—L. 6, lib. 17 tít. 1.º, *mandati vel contra*—el que le concedió la acción de mandato. Posteriormente se creyó justo que el que consagra su tiempo y estudio é invierte su patrimonio en la defensa de los intereses de otro, tenía derecho á una recompensa, y nació el *honorario*, voz que indica la noción y el carácter de dicha recompensa ó remuneración. No es un salario el que se da al Abogado: es la recompensa, el *honor* debido á quien consagra sus desvelos á tan noble oficio...

El célebre Canciller D'Agnesseau encarece la independencia en el Abogado como la más digna presea de su alto ministerio. «Hombre de lucha, el Abogado debe arrostrar todos los peligros y hacer frente á las contrariedades con ánimo serene y espíritu tranquilo. Hombre de acción, debe hacer esfuerzos supremos y poseer energías extraordinarias. Hombre de carácter, en persecución de los nobles ideales á que aspira, no debe enervarlo ninguna influencia, detenerlo ningún temor ni avasallarlo ningún poder.

VICENTE OLARTE CAMACHO: *La profesión de Abogado.*—Ocúpase este artículo, como indica su título, del mismo asunto que sirve de tema al notable trabajo extractado antes.

JOSÉ V. DE CASTRO: *La embriaguez ante el Derecho penal. Indicaciones históricas.*

ENRIQUE SÁNCHEZ PASTOR: *Teoría positiva penal italiana.*—Además de los trabajos extractados y simplemente mencionados, inserta este número de los *Anales de Jurisprudencia* otros de interés puramente local.

JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ.

---

## FRANCESAS

---

### Nouvelle Revue historique de droit français et étranger.

GUSTAVE ARON: *Etude sur les lois successorales de la Révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil.* (Desde la ley de 17 nivoso, año II, hasta el Código civil.)—Nosotros denominamos período de *reacción* al movimiento legislativo que se comprende entre la ley de 17 nivoso y el Código civil. Pero esta reacción no se efectuó inmediatamente ni con brusquedad.

Durante algunos meses después de la promulgación de aquella ley, el legislador de la Convención mantuvo enérgicamente su obra, y desenvolvió más bien que restringió los principios establecidos.

Los ataques contra esta ley, después de la caída de Robespierre, fueron tímidos y raros al principio; después, numerosos y violentos; pero no se dirigían precisamente contra el fondo de la disposición misma, sino contra su efecto retroactivo, y se consiguió que ese efecto desapareciese, aunque para dar lugar á *disposiciones retroactivas en sí mismas*, lo cual engendró una serie de dificultades que el Directorio se esforzó en resolver.

Sin embargo, salvo lo relativo á su efecto retroactivo, la ley de nivoso subsistió íntegra hasta el Consulado. La ley de 8 germinal, año VIII, le imprimió una modificación profunda. Las dos ideas fundamentales que habían guiado al legislador de la Convención—la necesidad de reducir casi á la nada la cuota disponible, para llegar, por la aplicación de las reglas de la sucesión *abintestato*, á la extrema división de las fortunas, y la igualdad absoluta entre los herederos—fueron desconocidos por el legislador del Consulado. Se aumentó la cuota disponible, y la ley permitió al testador mejorar á uno de sus hijos ó á uno cualquiera de sus herederos.

La ley de nivoso debía suscitar y suscitó una honda conmoción en Francia. Esa ley, con efecto, trastornaba costumbres seculares y destruía todo el antiguo sistema sucesorio. Por la aplicación del efecto retroactivo destruía situaciones creadas, sin contar con que votada con la precipitación y la fiebre de las más candentes jornadas revolucionarias, fué redactada muy precipitadamente, lo cual originó muchas dificultades de interpretación, y el Comité de legislación se vió agobiado de reclamaciones en demanda de aclaraciones, excepciones, etc.

La cuestión planteada á la Comisión de legislación fué contestada por la Convención, y esta respuesta constituye la interpretación de la ley de nivoso. Esta circunstancia dió á los textos una forma enteramente particular de leyes hechas por preguntas y respuestas, estilo enteramente distinto al acostumbrado en las leyes y en los decretos.

El derecho de 23 ventoso, año II, contestó á sesenta cuestiones; el de 9 fructidor á treinta y seis; el correspondiente al primer día de las *Sans-Culottides*, por último, contestó á siete cuestiones relativas á ley de 12 brumario.

Pero nosotros no vamos á examinar aquí detalladamente todas las materias tratadas en estas tres leyes. Nos referiremos sólo á los principios en que la Convención precisa las ideas capitales que dan

á la ley de nivoso su grande alcance jurídico, histórico y social.

Clasificaremos, por tanto, las cuestiones en estos cuatro grupos:

*a*) Cuestiones referentes al principio de unidad legislativa.

*b*) Cuestiones referentes á la retroactividad.

*c*) Cuestiones relativas á las relaciones de los donatarios y de los herederos naturales.

*d*) Cuestiones relativas á las sustituciones.

*Principio de unidad legislativa.*—Esta es la gran conquista de la legislación revolucionaria; pero no se llegó á ella sin vencer muy serias dificultades, ocasionadas por las protestas y las reclamaciones que surgieron de todas las rogiones de Francia, singularmente de Normandía. Sin embargo, la Asamblea mantuvo su pensamiento en nombre del principio de unidad legislativa necesario en un país libre.

La primera cuestión del decreto de ventoso responde precisamente á las quejas formuladas por Normandía. El texto es interesante. Sobre la cuestión referente «á que se establezca excepciones al decreto de 17 nivoso en favor de los ciudadanos de la antigua provincia de Normandía, donde los varones llamados por el estatuto á suceder con perjuicio de las hembras, habiendo aportado á la casa paterna trabajo y aun rentas, cuya partición por aquél con las hermanas casadas sería lesiva para ellos», la Convención contesta:

Que, sin trastornar el orden social, no sería posible, en la partición de una sucesión, tener en cuenta ni los años que los hijos han estado en la casa paterna, ni mucho menos el trabajo que en beneficio de ésta hayan podido realizar; «pero que en todo caso es una cosa inadmisible la inclusión de un artículo especial referente á los habitantes de la antigua provincia de Normandía, cuando la uniformidad de las leyes es una de las primeras necesidades de un pueblo compuesto de hombres iguales y libres».

*Cuestiones referentes al principio de retroactividad.*—El legislador de la Convención retrotrajo al 14 de Julio la época de la aplicación de la ley de nivoso. En su pensamiento no había un verdadero atentado al principio de la *no retractividad* de las leyes, porque en la ley de nivoso el legislador no hacia más que desenvolver «los principios proclamados el 14 de Julio por un gran pueblo que se reintegra en sus derechos; el efecto retroactivo comenzaría solamente en cuanto se rebasara ese límite...», como se dice en el derecho de ventoso, en la respuesta á la 4.ª cuestión, á lo cual se podría añadir la respuesta á la cuestión 54.ª

*Cuestiones relativas á las relaciones de los donatarios y legatarios y de los herederos naturales.*—La idea que guió al legis-

lador de la Convención fué servirse de la ley de nivoso á un fin político: la división de las fortunas; la constitución democrática de la sociedad, tanto en el orden civil como en el político. Para conseguirlo restringió mucho la facultad de disponer, considerando que la sucesión testamentaria era eminentemente favorable á la constitución de las grandes fortunas, y en cuanto á las sucesiones *abintestato* dictó un conjunto de reglas cuyo objeto era producir la división de la propiedad.

El legislador de la Convención afirma resueltamente su aversión por las liberalidades, su hostilidad contra donatarios y legatarios.

Beneficiarios de disposiciones gratuitas anuladas por la ley de nivoso, dirigieron en gran número peticiones á la Convención manifestando que las liberalidades que les habían sido concedidas escapaban á la nulidad prescrita por la ley, y se ofrecían á probar que los *dones recibidos por ellos no eran más que restitución de cosas que el donante tenía desde antiguo de la familia del donatario.*

La Convención contestó: «que la excepción pedida haría en algún modo revivir el sistema de las propias ó antiguas é introduciría distinciones frecuentemente fraudulentas y más frecuentemente aun erizadas de dificultades y de incertidumbres, y que *para no enervar el nuevo sistema, se tomará las personas y los bienes en el estado en que se encontraban en 14 de Julio de 1789.*

Se pidió que las ventajas posteriores al 14 de Julio de 1789 fuesen mantenidas cuando las donaciones fuesen hechas en favor del niño que el donante hubiese mantenido y educado. Pretensión que fué contestada en los siguientes términos: «estos son los hijos nacidos fuera de matrimonio, á los cuales una ley especial les ha restituído sus derechos después del 14 de Julio de 1789».

*Reglas relaiivas á las sustituciones.*—Es sabido cómo fué regulada la cuestión de las sustituciones por la ley de 1792 (25 de Septiembre). El legislador decidió que los bienes actualmente afectados á sustitución, y que los gravados tuvieran en su poder á título de usufructo, los retuvieran en plena propiedad.

He aquí ahora las dificultades que naturalmente podían surgir de estos principios.

Si era legítimo remontar hasta el 14 de Julio de 1789 la apertura de las sucesiones que hubiesen ocurrido entre esta fecha y la ley de nivoso, si todos los principios nuevos debían aplicarse desde esta fecha, ¿por qué hacer una excepción en materia de sustituciones? ¿Por qué las sustituciones eran válidas hasta el 25 de Septiembre?

Y ¿por qué no aplicar las reglas de la ley de 1792 á partir del 14 de Julio?

Por otra parte, esta regla había abolido las sustituciones para el porvenir. Mas para las sustituciones aun existentes, si aquélla había suprimido el derecho de los llamados, había fortificado el de los gravados. Consolidando la propiedad en sus manos, había asimilado á los derechos de los herederos naturales los parientes del sustituyente. Ahora bien: ¿no era esto contrario á la ley de nivoso? ¿No era eso confirmar las donaciones prohibidas por esa ley?

*Abolición del efecto retroactivo.*—Después de la caída de Robespierre, después del 9 thermidor, se manifestó vigorosamente la opinión que concluyó con la supresión del efecto retroactivo de la ley de nivoso. En las instancias dirigidas á la Convención, y en los folletos profusamente repartidos al público, se discute la cuestión violentamente y se le da carácter político. Los segundogénitos y las mujeres se amparaban en las ideas republicanas y se esforzaban en presentar á sus adversarios, los primogénitos y los varones, como enemigos de la República.

Al dirigirse á la Convención los ciudadanos, la felicitaban por la jornada del 9 thermidor, y exponían los motivos que les asistía para pedir la modificación, unos, y otros la revocación completa de la ley de nivoso. Otros, por el contrario, pedían el mantenimiento de la ley de nivoso y del efecto retroactivo.

Es muy interesante la discusión pública promovida sobre este asunto y mantenida por numerosos folletos, medio normal de propaganda en aquella época, por los partidarios y por los adversarios del efecto retroactivo de la ley de nivoso. Aparte de lo curioso de la discusión en sí misma, ésta nos ofrece al propio tiempo un elocuente ejemplo de las dificultades y de la complejidad problema general de la retroactividad de las leyes.

Los defensores de la ley de nivoso parecían ocupar una posición inexpugnable: «á partir del 14 de Julio de 1789, la ley no hace más que desenvolver los principios proclamados entonces... *el efecto retroactivo comenzaría desde que se rebasara esa fecha*», y procuraron reforzar el argumento de varios modos; pero poco conformes todos ellos con la verdad jurídica. A este unían otros argumentos de carácter político y sentimental, que si bien eran de efecto, no llevaban el convencimiento al ánimo.

Todas las razones alegadas en pró las resumió Charlier en la tribuna de la Convención en la discusión habida el 5 floreal sobre esta materia. «No hay tal efecto retroactivo, decía, porque la desigualdad de las particiones es contraria á las leyes de la naturaleza, y el

decreto de 17 de nivoso no ha hecho más que restablecer las leyes, á partir del 14 de Julio de 1789; es decir, á contar desde el día en que nosotros hemos recobrado la libertad y la igualdad. Si derogáis, esa ley, arruináis á los segundogénitos, que son casi todos los defensores de la patria, los ponéis en peor situación que lo era la de que les habéis sacado; enriquecéis á los primogénitos, quienes ven tranquilamente cómo sus hermanos recogen una miserable suma de 100 libras cuando ellos retiran 30.000 de la sucesión de su padre.»

Los adversarios de la retroactividad no respondían directamente á estos argumentos. Naturalmente, no querían reconocer que defendían la causa de los enemigos de la revolución. No acudieron á razones jurídicas para su refutación, sino que se sirvieron de otros argumentos para demostrar ya la ilegitimidad de la retroactividad y la necesidad de su supresión.

El más importante de esos argumentos y sobre el cual se insiste en las instancias dirigidas á la Convención y en los folletos, es «que la retroactividad es contraria á la declaración de los derechos del hombre».

A ese argumento se respondió: que el art. 14 de la declaración de los derechos del hombre no se aplica más que en materia penal que no habla más que de jueces ordinarios y no del legislador, y que *en tiempo de revolución, el efecto retroactivo impreso á la ley era justo y necesario*, etc.

Después de una discusión tan larga como empeñada y de estar la ley en vigor diez y ocho meses, su revocación conducía derechamente á nuevos trastornos, y Guirot se dirigió en los siguientes términos á la Convención: «Puesto que la ley está hecha, yo creo que debe ejecutarse, porque abrogándola nos exponemos á promover los mismos trastornos, las mismas divisiones á que ella dió lugar cuando fué promulgada. No es lo que importa á la República que tal ó cual individuo sea más ó menos rico, sino la certeza de la propiedad y que la tranquilidad esté asegurada.»

Sin embargo, el legislador adoptó ciertas precauciones para atenuar los inconvenientes de la retroactividad. Las disposiciones referentes á este momento de transición se contienen en la ley de 3 vendimiario, año IV.

*La legislación del Directorio.*—En esta época, respecto de la ley que nos ocupa, encontramos las leyes siguientes: 1.º, la de 20 prarial, año IV (8 Junio, 1796); 2.º, la de 15 thermidor, año IV (2 Agosto, 1796); 3.º, la de 18 pluvioso, año V (6 Febrero, 1797); 4.º, la de 2 ventoso, año VI (20 Febrero, 1798).

La ley de 20 prairial, año VI, resuelve respecto de dos personas

muertas en la misma ejecución, cuál de las dos murió primero.

La ley de 15 thermidor, año IV, hizo en cuanto á los derechos sucesorios de los hijos naturales lo que había hecho la ley de 3 vendimiario en los otros derechos sucesorios: reguló las consecuencias de la supresión de la retroactividad.

El arr. 1.° de esta ley abolió el efecto retroactivo establecido por la de brumario.

El art. 2.° remite para su ejecución á los principales artículos de la ley de 3 vendimiario.

El art. 4.° establece «que el derecho de sucesión recíproca entre los hijos extramatrimoniales y sus parientes colaterales y el concedido á estos hijos y á sus descendientes para representar á su padre y madre, no tendrá efecto más que para el muerto de estos últimos con posterioridad á la publicación de la ley de 4 de Junio de 1793 y solamente sobre las sucesiones abiertas posteriormente á la publicación de la ley de 12 brumario».

Esta disposición fué modificada por la ley de 2 ventoso, año VI (art. 1.°), porque contenía un efecto retroactivo que interesaba hacer desaparecer.

«Art. 1.° Los hijos nacidos fuera de matrimonio, de personas libres, y en su defecto, sus hijos y descendientes, han sido llamados á recoger, sea inmediatamente de su ascendiente, sea por representación de su padre ó madre, las sucesiones directas y colaterales abiertas después de la publicación de la ley de 12 brumario, año II, hasta la ley de 15 thermidor, año IV, *aunque su padre y madre hayan muerto antes del 4 de Junio de 1793.*»

*Ley de 18 pluvioso, año V (6 Febrero 1797).*—En esta ley sólo dos cuestiones fueron objeto de un debate jurídico interesante: una, la relativa á *la renuncia contractual de las hijas dotadas*, y la otra referente *á las donaciones no renovadas conforme al art. 47 de la ley de ventoso.*

Respecto de la primera, la cuestión se reduce á saber si la ley de 1791 alcanza á las renuncias contractuales de las hijas dotadas.

Según una opinión, estas renuncias deben cesar por la aplicación del art. 1.° de la ley de 1791, que establece la igualdad entre los hijos. Proscribiendo todas las desigualdades provinientes de la edad ó del sexo, el legislador ha prescrito implícitamente las renuncias contractuales. Estas renuncias, con efecto, no eran válidas más que si eran hechas en favor de los varones.

Según otra opinión, teniendo en cuenta los arts. 3.° y 4.° de la ley de 1791, lo que el legislador ha querido suprimir es las desigualdades provinientes de la costumbre ó de la ley; pero aquella

ley no ha querido influir las desigualdades originadas en la convención, en la voluntad de las partes. Por consiguiente, las renuncias de las hijas por contrato de matrimonio deben mantenerse.

Triunfó una opinión intermedia, mantenida por Tronchet.

*Ley de 4 germinal, año VIII.*—Los decretos que se refieren á la materia hasta aquí tratada, se limitaban á reglamentar las dificultades surgidas por la supresión del efecto retroactivo; pero la ley de nivoso permanecía intacta. La ley de germinal, año VIII, la quebrantó en una de sus instituciones más trascendentales.

Nos referiremos sólo á las ideas mantenidas ante la Asamblea respecto al derecho á disponer.

El derecho de testar no es un derecho natural. No resulta del derecho de propiedad, porque la propiedad se extingue con la muerte, y no podemos disponer de las cosas que no nos pertenecen ya.

El derecho á testar fué atacado en su fundamento político y social. En manos del padre de familia se convertía en un arma que le permitía romper entre sus hijos la igualdad establecida por la naturaleza. Ejercitándose en favor de extraños, era un medio de concentrar las fortunas en las mismas manos, restablecer una aristocracia de dinero, impedir la división de las riquezas, querida por la idea republicana. Traduciendo en forma legal esas ideas, la Convención había restringido en grandes proporciones la libertad de disponer: $^1/_{10}$ con hijos; $^1/_6$ cuando el testador no deja más que colaterales. Esa cuota de libre disposición el testador no podía darla á sus hijos.

El proyecto de ley presentado al Cuerpo Legislativo el 19 venteso del año VIII, por Boulay (de la Meurthe), agrandó mucho la cuota disponible y permitió al testador disponer de ella *á favor de un hijo ó de otro heredero.*

Las discusiones, tanto ante el *Cuerpo Legislativo* como ante el *Tribunado*, no puede decirse que aportasen ideas nuevas, por lo cual es inútil seguir los argumentos de los distintos oradores. Respecto de la legitimidad del derecho de disponer reaparecen las dos tésis mantenidas en la Asamblea constituyente: se afirmaba de una parte que la propiedad es de derecho natural, y que, por tanto, existe antes que toda sociedad, y que el derecho á disponer no es más que una consecuencia esencial de aquél. De otra parte se mantenía, por el contrario, que el derecho á disponer no es más que una convención social, como el derecho de propiedad, y que el legislador puede reconocerle ó negarle.

Pero en este caso no se trataba de mantener principios, como en la Constituyente, sino de llegar á un fin práctico; no se discutía el

derecho á testar en sí, sino si mantendría este derecho en el límite fijado por el legislador de nivoso, ó si se extendería en los límites pretendidos en el proyecto de ley.

De los dos órdenes de disposiciones que contenía el proyecto: extensión de la facultad de testar y posibilidad de dar á uno de los hijos la cuota de libre disposición, este último singularmente apasionó los ánimos.

Los que combatían este extremo se fundaban en que esa disposición conducía á restablecer la primogenitura con todos sus inconvenientes, y que violaba los derechos de la naturaleza, que exige la igualdad entre los hijos de un mismo padre; por último, que era contrario á los principios republicanos que querían la igualdad entre los que la naturaleza ha hecho iguales.

Los partidarios de la reforma alegaban el clamor de la opinión pública, que la libertad de testar era favorable al desarrollo de la industria y del comercio; pero muy principalmente su razón fundamental era la fundada en el restablecimiento de la autoridad paterna en la familia, relajada por los principios de la Revolución.

Esto es, á indicar que la reacción se iniciaba.

El legislador de la Convención estuvo dominado por la pasión de la igualdad y de la libertad. Había suprimido los jefes en el Estado y destruído la autoridad paterna en la familia.

Estableció la igualdad política y pretendió también la igualdad civil y la igualdad material: igualdad de los hijos en la familia, igualdad de fortunas en la sociedad. Puede decirse que la ley de nivoso, concebida según estas ideas, era una ley de nivelación social.

Por el contrario, el legislador del Consulado estaba dominado por la idea del orden y de la autoridad. Ha podido apreciarse los excesos á que condujeron las ideas de libertad y de igualdad. Se tiende á reobrar sobre el pasado, y al propio tiempo que se restablece el orden y la autoridad en el Estado, se restablece la autoridad paterna en la familia, en nombre de la moral.

El primer acto legislativo correspondiente á esta nueva tendencia fué la ley de 4 germinal del año VIII. He aquí sus disposiciones:

Los artículos del 1.º al 4.º fijan la cuota de libre disposición, la cual varía según los herederos que deje el difunto.

*a*) Si el difunto deja hijos, la cuota libre varía según su número.

Si son menos de cuatro, $^1/_4$.

Si son cuatro, $^1/_5$.

Si son cinco, $^1/_6$; y así sucesivamente, añadiendo una mitad al número de hijos para determinar la cuota disponible.

*b*) Si el difunto deja ascendientes, hermanos y hermanas ó des-

cendientes de hermanos ó hermanas, la cuota disponible es de la *mitad.*

*c*) Si deja tíos ó tíos hermanos del abuelo ó de la abuela; tíos ó tías hermanos del abuelo ó de la abuela (*grands oncles* y *grands' tantes*), y primos y primas carnales, la cuota libre es de $^3/_4$.

En defecto de parientes en los grados dichos, la sucesión es de libre disposición en su totalidad.

El art. 6.º dispone que la cuota libre puede ser adjudicada á los hijos ó á cualquier heredero.

***

## Archives d'Anthropologie criminelle.

(Núm. 118.)

Dr. G. Ricoux: *Débauche sexuelle et responsabilité pénale.*—(Notas y observaciones médico legales).—El determinismo científico no ha penetrado aún en las concepciones modernas de la justicia en términos que permita al perito juzgar según principios invariables. Implica fatalmente la negación del libre arbitrio, y derrumba, por consiguiente, todo el edificio de la responsabilidad criminal.

En consecuencia, el médico encargado de examinar un acusado, bajo el punto de vista mental, no acertaría actualmente á admitir el principio absoluto de la irresponsabilidad en todo acto inmoral ó criminal.

Es necesario reconocer, por otra parte, que ese principio sería peligroso en una sociedad en que la justicia se funda, no en la preservación social, sino en el derecho á castigar; no en la terapéutica del criminal, sino en el castigo del culpable.

En la sociedad ideal en que la justicia será simplemente el órgano protector que ejerza sus funciones de defensa por los medios proporcionados al peligro, el libre arbitrio subsistiría, y con él las teorías de la responsabilidad penal.

«Vendrá un tiempo, dice el profesor Krafft-Ebing, en que nuestras apreciaciones actuales sobre la legitimidad ética y jurídica de ciertas penas, singularmente de la pena de muerte, serán insostenibles. El criminal, en efecto, no será más que un sér desgraciado, peligroso para sus semejantes, y las penas nos parecerán tan monstruosas é inexplicables como los procesos por hechicería y la tortura de la Edad Media.»

El régimen penal actual nos parecerá entonces tan bárbaro como

nos lo parece hoy el régimen de los hospitales y de los asilos antes de la Revolución.

Mas atendiendo á la evolución científica de la justicia humana, el médico legista está obligado á conformarse á las teorías corrientes; el requerimiento del Magistrado es un *ultimatum* al cual ha de someterse y declarar si el acusado disfruta ó no de sus facultades mentales; si su rresponsabilidad debe ser entera, atenuada ó nula.

Por nuestra parte, en desacuerdo con muchos de nuestros compañeros, no podriamos admitir una responsabilidad atenuada, privándonos, por otra parte, de los medios necesarios para llegar á una conclusión que satisfaciese á nuestra conciencia.

Con efecto, si admitimos el libre arbitrio, la responsabilidad debe ser entera ó nula. Entera, si no falsea la voluntad ninguna causa independiente de ella misma. Nula, si recibe aquélla alguna influencia, sea la que quiera, capaz de desviarla. Porque, en buena lógica, no podemos admitir que una fuerza pueda disminuir la capacidad de imputación sin concederle un poder determinante, sin que perturbe el principio mismo de la libertad de acción.

Si admitimos el determinismo, no puede ser parcialmente, en cuyo caso no somos moralmente responsables de ninguno de nuestros actos, porque éstos, en ese supuesto, no obedecen á nuestra voluntad, sino que están sometidos á leyes complejas, desconocidas aún.

Aparte de que peca contra la lógica, la atenuación de la responsabilidad ofrece el inconveniente de todas las soluciones mixtas.

Si disminuye la penalidad en cierta medida, si en vez de las de la cárcel, abre las puertas de los manicomios, no resuelve la cuestión en su fondo; lo que hace es encarcelar siempre á un enfermo ú hospedar á un criminal peligroso; pero de ningún modo llena la laguna de nuestras leyes, y cuanto se consigue por su medio es aplicarse á esos casos extraños, en los cuales el perito no ha podido formular una convicción, ó no se ha atrevido á emitirla claramente, influído por consideraciones extra médicolegales.

No consultando más que su conciencia, el perito está en su pleno derecho al formular esta solución mitigada; pero ha de tener el valor «de confesar resueltamente la duda que él puede abrigar, ó la imposibilidad en que se encuentra de formular conclusiones precisas».

Pero si es resuelta y definida la convicción del perito; si no quiere acogerse á ninguno de los subterfugios legalmente admitidos, se encuentra en la necesidad de absolver ó de condenar.

Porque si bien el perito no obra como juez, y si, antes bien, su

función se reduce á iluminar el ánimo del Juez con las luces de su ciencia y las de su razón y experiencia propia, basado su informe en una competencia frecuentemente especial, tiene un peso considerable é influye necesariamente en las determinaciones del Magistrado.

Desgraciadamente, el perito, lo mismo que el Jurado en materia de culpabilidad, ha de limitarse á responder *sí* ó *no*.

Pero tratándose de casos en que el campo de sus conclusiones traspasa los límites de las costumbres sociales, de lo vulgar, debe poder decir al Juez:

«El hombre que comparece á vuestra presencia no es un criminal ni un alienado: pertenece á un tipo que no admiten aún vuestras leyes escritas. Carecéis, por consiguiente, de derecho á castigar, porque no tenéis derecho á deshonrar.

»Tenéis el deber de preservar á la sociedad; pero no tenéis derecho á imponer á ese desgraciado los rigores de la prisión, ni á sus descendientes un estigma.»

Sólo en este caso el médico perito podrá obrar con independencia y con lealtad; pero la ley no le ofrece libertad: ha de reducirse á los establecimientos de preservación social: prisiones ó asilos, prescritos para los actos culpables debidos á la herencia ó á la educación; pero sin garantías para que el recluído ni la sociedad puedan prometerse un resultado eficaz.

En establecimientos de este género, ese verdadero producto patológico de una sociedad enferma, encontraría los cuidados necesarios, y quedaría reducido á la impotencia para sembrar el contagio en derredor suyo.

En el mayor número de casos, el médico perito se ve constreñido á emitir un informe fundado en reglas especiales, artificiales, en las cdales debe limitar su observación á los términos de una orden recibida, y formular, por consiguiente, una conclusión que no está de conformidad á su conciencia, sino conforme á la conciencia de otros.

Esta falsa situación no puede menos de perjudicar á la claridad de su trabajo, á la sinceridad de sus apreciaciones y á la precisión de sus conclusiones.

Si bajo el punto de vista profesional está obligado el médico perito á conformarse á la ley y á las imperfecciones de una justicia empírica, bajo el punto de vista social tiene derecho á emitir un informe de conformidad á un hombre libre, á sacar su personalidad consciente del estrecho marco á que la reduce la jurisprudencia.

FRANCISCO J. J. BENLLOCH.

---

# ITALIANAS

## Rivista italiana di Sociologia.

(Julio-Agosto, 1903.)

G MASPILLERO: *Civilización, familia, moralidad.*—Si á cada uno de nosotros se nos pidiera que definiéramos ó explicáramos lo que llamamos civilización, se nos pondría en una situación embarazosa, y después de recurrir á circunloquios ó á simples enumeraciones, nos veríamos obligados á insistir sobre un carácter especial: el *urbanismo*, la aglomeración de la población en ciudades.

En efecto; si ordenamos las naciones según el concepto que nos formamos de su civilización, y después independientemente, según la relación de la población urbana con la rural, veremos coincidir las dos series. He aquí las cifras:

| | Población urbana en 1900. |
|---|---|
| Italia | 14 por 100. |
| Francia | 18 » |
| Alemania | 19 » |
| Bélgica | 26 » |
| Holanda | 27 » |
| Gran Bretaña | 38 » |
| Estados Unidos | 32 » |

Por esto, Boccardo pudo sentar esta ley: «el número de las grandes poblaciones y la masa de sus habitantes, están siempre en razón directa con la civilización y la riqueza».

Podemos fijar una segunda concomitancia afirmando que el progreso de la civilización en las varias naciones es paralelo al progreso del urbanismo. ¿Quién no lee el espléndido empuje de los Estados Unidos hacia el porvenir en la siguiente estadística?:

| Censos. | Proporción de la población rural. | Proporción de la población urbana. |
|---|---|---|
| 1800 | 97.03 | 3,97 |
| 1810 | 95,07 | 4,93 |
| 1820 | 95,07 | 4.93 |
| 1830 | 93 28 | 6,72 |
| 1840 | 91,48 | 8.52 |
| 1850 | 87,51 | 12.49 |
| 1860 | 83,87 | 16,13 |
| 1870 | 79,07 | 20.93 |
| 1880 | 77,43 | 22,57 |
| 1890 | 71,36 | 28,64 |

En Inglaterra y en Francia se ve otro tanto.

Todavía podemos fijar un tercer punto: los momentos más excelsos y luminosos de toda civilización corresponden á su más intenso urbanismo. En tiempos de Pericles, el Ática contaba, sobre poco más ó menos, 220.000 habitantes, de los cuales, 70.000 vivían en Atenas; esto es, el 31,81 por 100 de la población total. En tiempos de Augusto, la población total de Italia era de 6.250.000 habitantes, contando Roma de 800 á 850.000, sin contar las populosas ciudades italianas: elevado urbanismo á que correspondía una altísima civilización. Entre el siglo XVI y el XVII, toda Italia contaba una población de 13 millones de habitantes, y en el XV había cinco ciudades con más de 100.000 habitantes; cuatro, con más de 50.000; siete, con más de 30.000, y ocho, con más de 20.000, urbanismo bastante fuerte, al que corresponde la civilización del Renacimiento.

Se puede expresar todavía una última concomitancia en este punto: el nacimiento de la civilización en un país coincide con los comienzos del urbanismo, y donde cesa el movimiento urbano, se detiene enseguida la civilización.

Por todas estas concomitancias se puede afirmar que el urbanismo es la causa primera de la civilización. ¿Pero cuáles son los efectos del urbanismo sobre la moral y la familia?

Con el esplendor de la civilización ateniense, viene la corrupción de las costumbres. Aparecen los fastos de la prostitución y del hetairismo docto y elegante. Para limitar la población, la moral y ciencia sugerían el amor antifísico, el aborto, la exposición de niños, el infanticidio.

Tenemos otro tanto en Roma, y una nueva repetición del fenómeno en el Renacimiento.

¿Pasarían las cosas de otro modo en la edad nuestra?

Las separaciones de cónyuges y el divorcio crecen en razón directa del urbanismo. Desde que en el Imperio germánico se estableció el divorcio por ley de 6 de Febrero de 1875, aquél ha aumentado en el 28 por 100. En Inglaterra y el país de Gales, los procesos de divorcio fueron de 205 en término medio anual durante el período 1858 62 y de 532 en el período 1888-92. Lo mismo en otros países.

Por otra parte, el urbanismo aleja al hombre de la familia y contribuye á la disolución de ésta. La edad del matrimonio se retrasa. Una estadística austriaca muestra que en las ciudades de más de 20.000 habitantes el máximum de matrimonios se dá, en los hombres, entre los 50 á 60 años, y en las mujeres, entre los 30 á

40. Ahora bien: la fisiología enseña que la madurez sexual la alcanza el hombre á los 25 años y la mujer á los 19. ¿Qué ocurrirá entonces? Un aumento en la prostitución, en la natalidad ilegítima, en los delitos contra las costumbres. He aquí algunas cifras tocantes á la primera. En el siglo XV, sólo en Venecia, se calculaban 11.654 prostitutas para una población de 300.000 habitantes. En París, en 1855, se calculaba que había 34.500 prostitutas; en 1872, más de 100.000; en 1889, más de 120.000.

Por consiguiente, ¿el urbanismo no produce sino males en la familia?

De ningún modo. A la vez, el mejoramiento en las condiciones intelectuales y morales de las gentes, producto de toda civilización, contribuye al íntimo mejoramiento de la familia, eterna idealidad humana, y á su transformación en un tipo más elevado.

La literatura, índice y efecto de las corrientes sociales, da fé en nuestro tiempo de ese hecho. En nuestra edad, la familia entra triunfalmente en el arte: en la pintura, en la escultura, en la novela, en la poesía, y la literatura familiar comienza cuando se inicia el urbanismo y lo sigue fielmente. Por esto el mundo sajón puede gloriarse de los dos más grandes líricos familiares: Tennyson y Longfellow.

En conclusión: el urbanismo, que parcialmente es elemento destructor de la familia, la reconstruye luego con mayor fuerza y cohesión, valiéndose de la elevación de la intelectualidad.

***

## Scuola Positiva.

(Noviembre de 1903.)

A. Tosti: *Los Escabinos.*—El escabinato se remonta á los antiguos germanos, entre los cuales estaba muy arraigado el principio de que la formación de las leyes y la administración de la justicia, pertenecían directamente al pueblo.

A la caida del Imperio romano, cuando la invasión de los bárbanos comenzaba á cambiar de aspecto el mundo social, y del cruce del elemento romano y del elemento bárbaro surgía una nueva sociedad, era natural que ni los antiguos usos del pueblo germano ni las leyes romanas fueran suficientes á regular las relaciones que, poco á poco, íbanse formando. Las leyes, por consiguiente, debían modificarse adaptándose á las nuevas necesidades, fenómeno que se verificó principalmente mediante las costumbres nacidas de la conciencia popular.

Para comprobar el derecho consuetudinario, á veces se recurría á una información pública; á veces el juez interrogaba á los escabinos, esto es, á los *hombres buenos*, á los ancianos, á los que gozaban mayor autoridad, ante el pueblo reunido, para obtener una declaración sobre las costumbres, y estas declaraciones se llamaban *laudos*.

En la Edad Media sucedía con frecuencia que faltaba en los juicios la regla legal y la consuetudinaria, y entonces, los escabinos, constituyendo, juntamente con el juez, el Tribunal, *inveniebant sententiam*, y juzgaban según su conciencia.

Dado este carácter de los escabinos, era lógico que la institución decayera poco á poco, á medida que crecía el número é importancia de los juristas, esto es, de los profesionales del derecho. En un principio, los escabinos dejaron de ser elegidos por el pueblo y eran nombrados por el juez; después comenzó á ser costumbre de que fuera el juez quien dictara la sentencia; finalmente, con el procedimiento secreto, hasta llegó á desaparecer el nombre de escabino.

Pero esta institución que parecía muerta y sepultada para siempre, reapareció hacia la mitad del siglo pasado en el mismo país originario.

En ley de 8 de Noviembre de 1890, el Estado de Hannover, dispuso que en los delitos leves pronunciara sentencia el juez togado asistido de dos jueces populares, llamados escabinos.

Oldenburgo, Hesse electoral, el Gran Ducado de Baden, el Estado de Bremen, Prusia en 1861, Wustembey y Sajonia en 1868, siguieron el ejemplo, hasta que en 1877 se promulgaron el Código de procedimiento penal y la ley orgánica judicial del Imperio germánico. De conformidad á estas leyes, en todo Tribunal de distrito se constituía un Tribunal de escabinos, compuesto de un juez togado, presidente, y de dos escabinos ó asesores populares: Tribunal encargado de conocer de las faltas, de los delitos penados con menos de dos meses de prisión ó menos de 600 marcos de multa, de los delitos leves contra la propiedad y de los delitos más graves devueltos por las Cámaras de los Tribunales, punibles con penas leves por razón de circunstancias atenuantes.

Los escabinos tienen voto igual al juez togado, y juntamente con éste pronuncian acerca de todas las cuestiones de hecho y de derecho. Todos los años se los sortea sobre una lista de ciudadanos con determinados requisitos, se les toma juramento, que tiene eficacia en todo el año jurídico, y ejercen sus funciones no más de cinco días.

Han adoptado el escabinato, además de Alemania: Dinamarca, Suecia, Finlandía, y el Cantón Tesino.

Como se ve, esta institución es diferente del Jurado, aunque las dos se informen en el principio de la participación directa del pueblo en la administración de justicia. Lo típico del escabinato es la igualdad de jueces populares y del juez togado en la declaración de todas las cuestiones de hecho y de derecho.

CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS.

---

## ALEMANAS

---

### Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft.

(Tomo 16, cuadernos 1.º y 2.º, Stuttgart, 1903.)

RICHARD NIESE: *Derecho de las personas y de la familia entre los Suaheli.*—El trabajo está hecho dentro de la tendencia que á esos estudios da el Profesor Kohler, de Berlín. A pesar de que el autor conoce el idioma Suaheli habría sido la empresa de casi insuperables dificultades, por contarse con muy pocos materiales escritos, sin la cooperación de una persona de aquella nacionalidad, un instruído suaheli, Lector á la sazón en el Seminario de lenguas orientales de Berlín.

Trátase de Derecho consuetudinario, y por tanto, debe advertirse que hay variaciones de uno á otro territorio. Como elemento de comparación se toma el derecho musulmán.

*Introducción.*—La población de los territorios alemanes en la costa Este de Africa, se compone de elementos diversos, entre los que pueden distinguirse el elemento indígena y el inmigrado. Aquél pertenece á la gran familia Bantu. Los inmigrados son principalmente árabes, llegados como comerciantes, establecidos en aquella costa y elemento de primordial influencia á pesar de la resistencia indígena.

Del cruce entre árabes y bantus surgió en el curso de los siglos una nueva raza que se designa con el nombre de Suaheli (habitantes de la costa). La influencia árabe los ha elevado á un alto grado de cultura. Sin embargo, grandes diferencias los separan de este pueblo. El idioma es un dialecto bantu, con la particularidad de escribirse con caracteres árabes, lo cual estrema las dificultades de su lectura de un modo extraordinario por la poca adecuación de los signos.

Los Suaheli son, al menos de nombre, mahometanos. El derecho musulmán es también el dominante, aunque mezclado con derecho indígena. Pero las máximas jurídicas no tienen eficacia como derecho impuesto, sino como libremente aceptado por las partes. (El derecho musulmán desempeña en cierto sentido allí el papel del romano, en Alemania, después de la Recepción.)

Alejado el territorio de las Universidades muslimes, el derecho penetró por transmisión oral. Solo más tarde llegaron libros, siendo el principal el Minhâg. La masa del pueblo que no sabe leer, sigue rigiéndose por un derecho consuetudinario formado bajo la influencia árabe.

## I.—Derecho de los libres.

a) *Matrimonio.*—El matrimonio se halla en alto período de desarrollo. La celebración es de importancia primordial. El influjo fundamental es musulmán, pero mientras *Schiitas* y *Sunnitas* acentúan el aspecto moral y religioso, entre los Suaheli es el matrimonio antes que nada una compra. El precio no es un símbolo, sino una suma con que el padre de la novia se lucra.

Como mahometanos, son los Suaheli polígamos, y aunque el número de mujeres se halla limitado por el Korán (cuatro el libre y dos el esclavo), se toman como concubinas las que exceden el límite.

Poliandria y matrimonio por grupos, no se conocen. La exogamia es regla general; pero la endogamia se permite hasta el cuarto grado.

Llegado un niño á los quince años aproximadamente, negocia su padre el matrimonio con el que posea una hija de edad análoga, sin que en ello intervengan para nada los interesados. El precio que se abona varía entre 40 y 75 rupias (60 ó 100 marcos). De este precio recibe una parte la madre, y otra, más pequeña, los abuelos paterno y materno.

Al llegar á los veinte años (aproximadamente, porque no llevan cuenta de la edad), puede el suaheli elegir mujer sin asistencia del padre. La muchacha no es libre nunca en este sentido.

A falta de padre está facultado el abuelo paterno para negociar el matrimonio de su nieta. En su defecto, el hermano del padre ó la madre misma; pero necesitan el consentimiento de los parientes y de la interesada. Donde no haya estas personas, elige libremente la muchacha, no mediando precio. Es frecuente en este caso acudir al Magistrado alemán para que haga la entrega.

No es raro que los padres concierten los matrimonios antes del nacimiento de los hijos, bajo la condición de que éstos nazcan.

Un retracto de todos esos esponsales ocurre raramente y es deshonroso.

El precio es en dinero y su pago no se sustituye con servicios. Sólo cabe que alguien interceda para la rebaja en vista de las buenas condiciones del futuro esposo.

Celebrados los esponsales, señala el padre de la novia día para la boda. Las ceremonias de la celebración del matrimonio son muy varias. Lo principal suele ser la expresión del consentimiento hecha por el novio y por el padre de la novia ante algunos amigos y el Maestro (Mwaallim). Este comunica la resolución á la interesada y lee después algún pasaje del Korán. El marido reparte dinero entre la gente que espera á la puerta, sin lo cual no le está permitida la entrada en el cuarto de su mujer, y da á ésta misma unas monedas para que le reciba.

Siete días suele permanecer la mujer en casa de sus padres después del matrimonio. Durante ellos se celebran fiestas á las cuales asiste el marido, pero no la mujer, que permanece recluída en su cuarto. Al octavo día son conducidos los esposos solemnemente á su nuevo domicilio.

La mujer no lleva dote aunque el padre sea rico (aparte objetos de uso personal y algunas esclavas).

El marido dá á la mujer una *Morgengabe* (wahari), cuya cuantía se ajusta también y suele exceder al precio. Es muy frecuente que no se pague inmediatamente, en cuyo caso el marido suscribe con dos testigos un documento reconociendo la deuda.

Las diversas mujeres de un hombre no viven reunidas, sino en diversos departamentos, y, generalmente, casas. No hay, pues, unidad de economía doméstica. No hay preferencia de una mujer (preferencia de derecho).

La autoridad del marido no se extiende á poder vender ó empeñar á su mujer; antes bien, ha de tratarla con consideración.

La mujer puede adquirir bienes durante el matrimonio, sobre los cuales conserva la propiedad y disposición. Es general, sin embargo, que los dé al marido, á veces solo en usufructo.

Hay divorcio por consentimiento mutuo y repudio de la mujer, ambos sin solemnidades.

La mujer no puede reclamar la separación. Tiene un medio indirecto de conseguirla: comprándole al marido su emancipación matrimonial por un precio en dinero, si él consiente.

La separación se hace constar en un documento. En caso de divorcio, el marido está obligado á satisfacer á la mujer la *Morgengabe* prometida y no pagada, á no ser que la mujer renuncie ó me-

die pacto en contrario. La mujer se lleva los objetos de su pertenencia. Las cosas comunes se reparten por mitad. Caso de discordia hay establecido un procedimiento judicial (testigos, juramento, etc.). Si los esposos tienen hijos comunes, se reparten éstos según la edad. Los menores de siete años los toma la mujer, debiendo abonar el padre la manutención y hasta pagar un tanto á la madre por su trabajo si ésta lo reclama. Desde los siete años decide el niño libremente con quién quiere vivir.

La mujer divorciada necesita esperar un plazo de tres meses para contraer nuevo matrimonio, y ha de solicitar para celebrarlo, el permiso del anterior marido, que no puede negarlo sin causa justa.

Muerto el marido no tienen los herederos derecho alguno sobre la viuda. Esta puede contraer nuevo matrimonio pasado un plazo de cuatro meses y diez días. Recibe la *Morgengabe*, si antes no fué pagada, y como herencia, una octava parte, en concurrencia con hijos, y una cuarta si no los hay.

b. *Parentesco.* — Entre los Suaheli reina el Patriarcado (Vaterrecht) de tal modo que los hijos todos pertenecen á la familia del padre y toman el nombre de éste después del suyo propio. Esto ocurre aun con hijos procreados fuera de matrimonio si la paternidad puede fijarse.

La autoridad del padre sobre los hijos no se extiende á disponer de su vida ó su libertad. Los hijos deben obediencia absoluta á sus padres hasta la edad aproximada de veinte años; las hijas hasta que salen del poder paterno (por matrimonio). Muerto el padre, tiene la madre la tutela sobre los hijos menores (el límite de edad no está definido). En su defecto, los abuelos, y no habiéndolos, el más próximo pariente. Todos los hijos, aunque sean de diferentes mujeres (y aun de concubinas por concesión del padre), gozan igual posición.

Diversas ceremonias acompañan al nacimiento de un niño. Se apaga el antiguo fuego y se enciende otro nuevo; se planta un cocotero cuyo tamaño sirve luego para graduar la edad del nacido, etc. Generalmente recibe el nombre del abuelo (sin embargo, no existe la creencia de la transmisión del espíritu). El nombre puede luego cambiarse. La matanza de niños está prohibida.

Los niños son circuncidados á la edad en que abandonan la escuela.

La moralidad y castidad de las mujeres hasta su casamiento es rigurosamente exigida. Exigen las buenas costumbres que el seductor de una muchacha se case con ella.

No existe *Totemismo* ni creencia en paso del alma á un animal.

En la nomenclatura del parentesco se aprecian distintamente los vestigios de anteriores grupos de parientes pertenecientes á la época del matrimonio por grupos. Así la palabra *Padre* sirve también para el hermano de la madre, y la palabra *hijo* se aplica al hijo del hermano y al de la hermana.

Sin embargo, las únicas relaciones profundamente acentuadas son dentro de la familia propia. El suegro es objeto de gran veneración y respeto por parte del yerno.

Los funerales por los muertos duran siete días, durante los cuales duermen los allegados sobre el suelo. Se envían cartas de pésame.

No existe el culto de los antepasados.

Son muy frecuentes las disposiciones testamentarias. La voluntad del que murió se considera sagrada. El testamento puede ser oral ó escrito. El testador debe dejar una parte de la herencia á los más próximos parientes. Encuéntranse en algunos testamentos cláusulas estableciendo fundaciones. La mujer tiene capacidad para testar.

La herencia intestada pasa á los descendientes, recibiendo los varones doble porción que las hembras. A falta de descendientes heredan hermanos y hermanas, recibiendo éstas una cuarta parte de la porción asignada á aquéllos. No hay derecho de representación. Si hay sólo descendientes de hermanos heredan la mitad y la otra pasa al Fisco. Este es el heredero en todo otro caso.

La adopción es desconocida. En cambio existe el ajuste de una hermandad de sangre entre dos ó más personas, sin consecuencias para el régimen económico, pero que crea un vínculo para casos de necesidad ó peligro. La ceremonia que la acompaña se basa en la idea de la mezcla de sangre.

## II.—Derecho de los no libres.

Entre los Suaheli existe la esclavitud. Su origen es vario: *a*) prisioneros de guerra; *b*) el secuestro de personas por los traficantes en esclavos; *c*) venta de los niños en casos de apuro económico (y aun por codicia), realizada por los padres; *d*) supersticiones; *e*) pena (el médico que mataba un enfermo se hacía esclavo de la familia de éste.)

La posición del esclavo es análoga á la del derecho romano. No puede contraer matrimonio con persona libre, ni sin permiso del dueño. Los hijos de esclavos que nacen en la casa del señor gozan de una cierta preferencia.

El dueño puede vender libremente sus esclavos, castigarlos corporalmente, pero no matarlos. En la práctica, el esclavo es tratado con consideración. El dueño puede tomar á la esclava como concubina. Para casarse con ella necesita previamente emanciparla.

El señor responde de los daños de su esclavo. Este es vendido para repararlo, y si su precio no basta, se le castiga como malhechor.

Las emancipaciones son muy frecuentes, especialmente como recompensa por fidelidad ó servicios. El emancipado se iguala al libre; los hijos que en lo sucesivo tenga, nacen libres; pero los anteriores permanecen esclavos. La concubina esclava se hace libre por el nacimiento de un hijo.

El Gobierno y la influencia alemana han dulcificado mucho la esclavitud. Su único origen hoy, es el nacimiento.

***

**Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart.**

(Tomo 31, cuaderno 1.º—Viena, 1903.)

Dr. Jacques Estern: *La doctrina general del Estado y una Etica positivista*. — Entre las numerosas ramas del árbol de las ciencias jurídicas, hay una que hasta tiempos muy recientes parecía seca y decadente, al paso que las restantes se desarrollaban en plena florescencia, hasta el punto de poder dudarse si á tal rama le estaba reservado un porvenir. Hoy es otra cosa. La doctrina general del Estado ha despertado á nueva vida desde que se ha acometido por diversos lados la elaboración de trabajos sistemáticos y comprensivos, en lugar del procedimiento de monografías que casi exclusivamente dominaba. Merece citarse ante todas, como rompiendo marcha, la obra de Jellinek, *Doctrina general del Estado*, en cuyo prólogo se señala con razón, como cooperando al Estado de postración de esta disciplina científica, la posición de la Ciencia, en que casi todo es cuestionable: método, plan y fin de la investigación, modo de las afirmaciones y formación de los particulares resultados.

Una imagen de la confusión reinante ofrece Rehm en la introducción de su *Doctrina general del Estado*, enumerando nada menos que seis diversos puntos de vista en lo que toca al concepto de esta ciencia: desde el más antiguo, que ve en ella una «Filosofía del Estado», hasta la concepción de Mohl, como «establecimiento del concepto general del Estado, su esencia y sus relaciones».

Repetidas veces, antes de Platón y Aristóteles, habían empren-

dido los pensadores el desarrollo de una doctrina del Estado, pura creación de la razón humana, sobre un camino de especulación filosófica, para llegar así á un tipo ideal del Estado. Al contrario, el Derecho Natural pudo sólo temporalmente allanar el camino á una consideración jurídica del Estado, y entró enseguida en lucha, precisamente en sus más significados representantes, con el espíritu de los antiguos y de la escolástica medioeval que aspiraba á una idea del mismo.

Así puede decirse que hasta la primera decena del siglo XIX, la doctrina general del Estado era exclusivamente Filosofía del Estado, un estudio de la esencia del Estado, edificado sobre una especulación metafísica ó teleológica. La escuela histórica consiguió hacer triunfar también en este terreno su proceso investigativo de carácter empírico, basado en los hechos de la historia. Aunque con ello se quitaba, al menos al jurista, toda base para la construcción de una «Filosofía del Estado», en el sentido de concepto extraído de la razón absoluta, no han faltado, sin embargo, hasta nuestros días, recaídas en una ó en otra dirección de tal «Filosofía del Estado», y hasta escritores que desconocían su propio punto de vista, como, por ejemplo, Gumplowicz, cuya doctrina no cabe en modo alguno identificar con la «Filosofía del Estado», aunque él así lo sostenga.

Sin embargo, podría marcarse con Schmidt, como carácter común á todas las doctrinas acerca del Estado desde Savigny, el esfuerzo hacia la comprensión de la evolución histórica del «Estado» y «Derecho del Estado» en sí misma y en los hechos. Con ello se declara algo referente al método de investigación, pero no al de exposición. Reina hoy unidad en reconocer que no todas las manifestaciones del Estado son de naturaleza jurídica, y por tanto, que no todas han de ser tratadas jurídicamente, sino que la Sociología, la Historia y la Política están llamadas á contribuir con su parte correspondiente, y con aplicación de su especial método, á la explicación del Estado. La distinción entre este método y el jurídico aparece como necesaria en la división de la doctrina general del Estado que Jellinek por vez primera adopta: «Doctrina social general del Estado» y « Doctrina jurídica general del Estado». Sólo en esta forma puede dedicarse la correspondiente atención al aspecto social y al jurídico del Estado y evitarse la mezcla de dos métodos esencialmente diversos. El método de la primera parte es inductivo, en cuanto que procede por comparación histórica; la segunda no puede ser expuesta sino por método deductivo, por discutirse en ella el contenido de las varias normas é instituciones.

Aunque todas las investigaciones para tratar el «Derecho del Estado» por procedimiento empírico, biológico, sociológico, de las ciencias naturales, se refieren esencialmente á la doctrina *social* del Estado, y queda sólo aplicable para la exposición de aquél el método jurídico, es con todo evidente que este método necesita completarse con el histórico y sociológico (inductivo), porque también al Derecho del Estado y al Derecho mismo son aplicables consideraciones históricas y sociológicas.

Si negamos la existencia de una doctrina general ó filosófica del Estado como rama especial de las ciencias jurídicas en el sentido de un «complejo de puras positivo-jurídicas disciplinas» y la remitimos más bien á la Filosofía, surge enseguida la pregunta de cuál sea la significación de tal consideración filosófica del Estado para la doctrina de éste como Disciplina jurídica. Para la determinación de estas relaciones puede invocarse hoy aún la frase de Adolfo Merkel en el primer artículo de esta Revista, señalando la Filosofía del Derecho como el *objeto de embarazo* (Verlegenheitsobjekt) de la ciencia positiva del Derecho.

El criterio de Bornhak es prescindir de la consideración filosófica del Estado por entender que éste no ha de ser construído racionalmente sino comprendido empíricamente sobre fundamentos históricos y de derecho comparado. Pero con ello no se quita la posibilidad de una consideración filosófica del Estado, en cuanto se entienda distinto de la teoría creadora procedente de la absoluta razón, que es siempre una imagen reflejada de los Estados existentes en la época en que el pensador constituye su *Estado ideal.*

Antes bien concuerdan todos los modernos sistematizadores de la doctrina general del Estado, en que «no es posible una exposición de las leyes del desarrollo del Estado sin el empleo de investigaciones filosóficas» (Rehm). En qué puntos hallan éstas su lugar y qué radio deben abrazar, queda en una cierta oscuridad.

En el vasto dominio de la Filosofía, está la Etica especialmente llamada á ejercer influencia sobre la doctrina general del Estado, porque Derecho y Estado son partes integrantes de la Etica, tomada ésta en el más amplio sentido, como doctrina de las acciones humanas y norma para las mismas.

Todo sistema de Etica tiene la misión de desarrollar, al menos en sus líneas fundamentales, una doctrina general (filosófica) del Estado. Hay que reconocer que la mayor parte no la cumplen totalmente. Fundadamente reprocha Jellinek, con referencia á la doctrina de la justificación del Estado, á los nuevos sistemas de Etica de Wundt, Paulsen y Höffding, que no ventilan ó sólo tocan de paso

la cuestión. Aunque se niegue á la consideración del Estado sobre base metafísica, no ciertamente la justificación, pero sí la utilidad para la doctrina del Estado que persigue solución práctica de las cuestiones, no puede discutirse la significación de las investigaciones sobre la esencia del Estado, basadas en otros fundamentos distintos de los pretendidos.

La exposición en sus elementos fundamentales de una doctrina general del Estado, basada en una Etica independiente de supuestos metafísicos y religiosos, es el fin de las consideraciones que siguen.

El primer ensayo de una Etica independiente en ese sentido, se encuentra en la obra de Guilermo Stern, *Fundación crítica de la Etica como ciencia positiva.*

Veamos las ideas fundamentales del sistema.

El punto de vista general de la Etica, como ciencia positiva, es el positivismo crítico. Coincide éste con la concepción de Augusto Comte, el fundador del Positivismo en general, en rechazar toda Metafísica; pero reputa este positivismo de Comte, en cuanto sólo se fía de los sentidos externos, por considerar toda aparición como puramente externa, como un cándido ó un crítico realismo que se acerca demasiado al materialismo dogmático. El Positivismo crítico, tal como se entiende, deja, por el contrario, abierta la posibilidad de que exista, á más del principio material, otro espiritual distinto esencialmente de aquél. Este Positivismo crítico es la unión de dos puntos de vista: el idealismo crítico de Kant y el materialismo crítico de Du Bois Reymond.

Desde la posición del Positivismo crítico aparece la aceptación de lo espiritual como la más fructífera hipótesis y la más apropiada máxima de la investigación especial dentro del terreno científico-espiritual (geisteswissenschaftlich) y la aceptación de lo material, como igualmente necesaria para la especial investigación en el terreno de las ciencias naturales. Ni el idealismo crítico de Kant, ni el materialismo crítico de Du Bois Reymond, se imponen limitación semejante. Para el Positivismo crítico no hay otro modo de investigación científica que la investigación particular.

De lo dicho resulta que la Etica científica, segun el Positivismo crítico, no puede fundarse sobre supuestos dogmático-metafísicos, sean idealistas ó materialistas, sino habrá de ser una, positivo-científica ó positivista, ciencia particular que cual las demás necesita pedir á ciencias más generales sus primeros supuestos. Del mismo modo rechaza el Positivismo crítico todo más particular ó cercano supuesto, afirmativo ó negativo, así como el dogmático re-

conocimiento ó negación de la Teología. Lo único que conserva como indispensable es el determinante libre albedrío, que puede ser fundado mediante una Psicología empírica.

El único método posible en la Etica científico positiva es el inductivo, y especialmente el genesiaco, que retrotrae el nacimiento de la moralidad á un paulatino devenir, á un secular desarrollo y herencia en el reino hominal y animal. Es exigencia especial de la Etica positiva, que su principio fundamental sirva también para esclarecer las pocas pero marcadas manifestaciones morales entre los animales, porque si no alcanza á explicar estas sencillas, menos podrá hacerlo tratándose de las mucho más complicadas que se dan entre los hombres.

La Etica positivo-científica retrotrae el origen de la moralidad al cambio de influencias que en los tiempos primitivos se operó entre el hombre y los seres animados, de un lado, y la Naturaleza y los Elementos, del otro; influencias consistentes en dañosos atentados de estos últimos, en la vida psíquica de aquéllos cuyo sentimiento de la vida herían. A ello siguió la reacción del hombre y de los seres de espíritu contra el mundo objetivo exterior. Esos ataques de los elementos á la vida psíquica se refieren principalmente á la época del hielo, á las inundaciones, huracanes, granizo, rayo, persistente sequía, avalanchas, incendio de bosques, erupciones volcánicas, terremotos, etc. De este común sufrir y de la repetida defensa común por parte de hombres y seres animados, se desarrolló en el curso de muchos siglos entre hombres y animales un más ó menos marcado sentimiento de homogeneidad con los demás seres animados frente á las invasiones del mundo objetivo exterior. Más tarde, unido esto al sentimiento natural de conservación de la vida, se produce un rencor, una enemiga, traducidos en impulso más objetivo de defensa contra un algo impersonal, neutro, general. Aquí se halla el móvil de la moralidad.

Ese impulso se hereda y se ensancha poco á poco, objetivándose hacia una defensa, no sólo contra el mundo inanimado, sino contra el mundo animado exterior. Así se llega al impulso moral objetivo, como *conservación de lo psíquico en sus diversas manifestaciones mediante defensa de todo dañoso ataque*. Esta es la esencia de la moralidad y el principio fundamental de la Etica.

Toda acción moral tiene como nota el hallarse ligada durante su curso á un (voluntario ó forzado) sacrificio; y aquí descansa una coincidencia con el concepto de Kant, en cuanto la acción moral se realiza, si no con resistencia, al menos con un cierto vencimiento.

Es significativa la nueva diferencia que la Etica establece entre

moralidad y cultura: la primera, es defensa y represión; la segunda, es precaución y prevención. El origen de la cultura, al contrario que el de la moralidad, se halla en el impulso é inclinación á prevenir las invasiones dañosas de la Naturaleza y los elementos, jugando en ello papel principal la inteligencia, la razón y el espíritu, bajo excitación y ayuda del sentimiento que exclusivamente está al servicio del instinto de conservación de la vida.

Del principio fundamental de la Etica se deriva la regla imperativa: obra cuanto te sea posible, correspondiendo al impulso de conservación de lo psíquico ó espiritual en sus diversas manifestaciones, mediante defensa contra toda dañosa invasión.

Del principio fundamental de la Etica, se deriva después la Moral ó doctrina de la moralidad en sentido estricto, esto es, la doctrina de las virtudes y deberes y del bien supremo; y se deriva, por último, la doctrina general del Derecho y del Estado.

La regla ética, como el principio fundamental de la Etica, tiene dos aspectos: primero, el deber de la justicia, correspondiente á la virtud de la justicia, y segundo, el deber del amor general ó activo, correspondiente á su análoga virtud. El último queda fuera de estas consideraciones.

La justicia es la defensa (Abwehr), frente á dañosas invasiones del sujeto en la vida psíquica de otro ó en la suya propia.

De la idea de justicia se deriva luego el derecho racional (Vernunftrecht).

Por lo que se refiere á la denominación de *derecho racional*, mientras que la doctrina general del Derecho y del Estado ha sido llamada Filosofía del derecho, ó Doctrina filosófica de Derecho y Estado, ó también Derecho Natural, aquella denominación descansa, de un lado, en que la Etica positivo científica no admite como ciencias sino á las positivas ó especiales, y la denominación de «Filosofía» ó «filosófica» á ninguna conviene, excepción hecha de la Historia de la Filosofía; y de otro, en la oposición entre lo natural y lo ético, perteneciendo á esto último el Derecho.

El que afirme la existencia de un derecho racional frente al positivo, de aquél derivado, tiene que entendérselas con la concepción de la escuela histórica que sostiene la necesidad de considerar las fuentes de Derecho y Estado (sujetas como toda otra manifestación de cultura á la evolución histórica) en el espíritu del pueblo.

Pero el místico concepto del «espíritu del pueblo», corazón de la doctrina de Savigny, es al mismo tiempo su más flaca posición, y donde siempre, en la última época especialmente por parte de Stammler, ha recibido los más duros ataques. El romanista Bruns-

ha indicado, que si se identifican Derecho y convicción popular, hay que negar el influjo del arbitrio, del error y de lo casual en las leyes, lo cual pugna con los hechos. El número de partidarios de la teoría es hoy insignificante. El menosprecio de la filosofía del Derecho por parte de los representantes de la ciencia positiva ha disminuído constantemente. Con ello llega á confesarse que la misión de la filosofía del Derecho viene á ser la misma que la del combatido Derecho natural, aunque éste solía traspasar su fin en ulteriores desarrollos.

La Ética, como ciencia positiva, representa la opinión de que la idea del Derecho es general, humana, derivada en primera línea de la regla ética. Dando esta norma la escala de lo justo é injusto, se deduce que antes ha tenido que ser como una conciencia popular en ese respecto. El incuestionable influjo de historia y experiencia, de circunstancias de tiempo, lugar y nacionalidad sobre el Derecho y el Estado, aparece para la teoría expuesta sólo como una modificación de la general humana vida del Derecho y del Estado. A la objeción de que el Derecho empieza en todos los pueblos en forma de costumbre y no de ley, contesta la Ética positiva, que precisamente el Derecho racional halla su inmediata é instintiva expresión en el Derecho consuetudinario, sin que esto sea afirmar que éste represente siempre la razón. Tampoco puede desconocerse que hombres como Licurgo y Solón, han establecido nuevas máximas, no originadas en el derecho consuetudinario.

Dedúcese de lo expuesto, que bajo la denominación de «derecho racional» no se entiende un derecho absoluto, construído *à priori* en el antiguo Derecho natural, porque sólo se trata del reconocimiento de la generalidad y necesidad de la idea fundamental ética de Derecho y Estado y la determinación de sus derivadas generales, mientras las especiales varían según tiempo, lugar y circunstancias nacionales.

A este lado ético y jurídico del Estado se incorpora otra función ética, el cuidado de la prosperidad; pero la parte preventiva de éste no tiene, según lo expuesto, carácter ético, sino de cultura, y sólo para no destruir la unidad puede ser al mismo tiempo discutida.

La determinación del origen del Derecho racional se enlaza con la virtud y deber de justicia. Mientras que en el ejercicio de toda virtud y deber éticos como tales, es decir, considerados como cualidades morales, importa la intención moral subjetiva y no el resultada de la acción ni el fin que fuera de ésta se dá, puede importar en cambio en el ejercicio de la virtud y deber de justicia otra cosa que su libre cumplimiento, y tratarse del restablecimiento de la posibi-

lidad de la convivencia de los individuos, ó sea el establecimiento del orden. En cuanto la justicia deviene principio de orden, cesa de ser una cualidad moral del sujeto y pasa á ser algo objetivo, el Derecho, y ante todo derecho racional, como algo que todo hombre puede exigir de otro, obligándole á ello (desde el punto de vista ético), porque de lo contrario no podría coexistir con los demás hombres. La admisión moral de la coacción y el prescindir de la intención moral subjetiva, son las notas que separan la justicia, como derecho racional, del deber y la virtud de justicia. Si á la admisibilidad de la coacción (Zwang) se incorpora el poder físico (Macht) del Estado, el derecho racional deviene positivo. Podrá, pues, definirse el derecho racional: la idea, que aparece como pensamiento jurídico y tiende á realizarse, de la justicia, pensada, no desde el punto de vista de la intención subjetiva, sino desde el objetivo de fin como principio de orden, y protegida por la admisión moral de la coacción.

Del derecho racional derívase, pues, el positivo; pero éste no se extiende sino á una parte de las acciones, porque el particular Estado entresaca de los deberes jurídicos los que cree necesarios para la ordenada convivencia de sus miembros. Esto se hace en forma de ley ó por el reconocimiento como derecho consuetudinario. La parte restante de deberes jurídicos los abandona el Estado al dominio de la Moral, ó expresado objetivamente (prescindiendo de la intención moral que, sin embargo, en el hombre moral siempre existe) del derecho racional. Este se divide en objetivo y subjetivo.

Veamos ahora el fundamento (justificación) del Estado, problema distinto del de su modo de nacer.

La Ética positivo-científica lo justifica de este modo: el individuo no tiene poder físico bastante para protejer las facultades ó derechos subjetivos que por derecho racional le corresponden. El deseo de conseguir esa protección de un lado, y la tendencia de todo individuo á la realización de la idea de justicia (derecho objetivo racional) que en él como pensamiento del derecho se presenta, de otro, impulsa á los individuos á unirse con el vínculo de Estado. En el estado pre-político contiénese difícilmente la auto ayuda en sus propios límites y ha de mirarse como ideal la formación de un Estado. La aspiración de los individuos á ser defendidos en paz y en guerra de las invasiones (1) de otros hombres en su vida psíqui-

(1) Apoderamiento, asimiento, usurpación. La palabra alemana *Eingriffe*, que el autor emplea, no es de fácil traducción exacta. *(N. del T.)*

ca, es el fundamento principal de la formación del Estado. Los animales se han unido en Estados para guardarse y defenderse contra análogas invasiones procedentes de la naturaleza inanimada.

La manera de nacer el Estado es muy varia, decidiendo las circunstancias históricas. Como más poderosa causa señalóse la guerra (Estado israelita antiguo) y también la aspiración á un caudillejuez (Imperio medo). De aquí que pueda señalarse como modo de nacimiento un poder físico ó espiritual en unión con una declaración de voluntad, convenio ó contrato, que pueden ser tácitos ó expresos. Pero al hablar aquí de contrato, no se olvide que se considera como modo de nacimiento, no como fundamento. Preséntase la cuestión de si el Estado nace por unión de individuos ó de preexistentes agrupaciones que surgieran por causas religiosas ó ecomicas. La Ética positivo-científica se decide por esto último, creyendo, sobre todo, dominantes las ligas ó agrupaciones basadas en la sangre.

En cuanto al fin del Estado, junto á las dos funciones éticas, «mantenimiento del derecho» y «defensa del territorio», que se refieren á la defensa contra el mundo exterior animado, se coloca una tercera, también ética: la defensa contra el mundo exterior, especialmente contra los elementos. Las dos últimas representan la parte ética del «fomento de la prosperidad», que en unión del «mantenimiento del derecho» é incluyendo el «derecho de inspección», forman la esencia propia del Estado. Otras funciones de cultura y creación de medios materiales no pertenecen á la ética, por ser preventivas; pertenecen al que llamamos «preventivo fomento de la prosperidad», y se enumeran entre ellas las medidas preventivas de posibles daños: la Religión, Ciencia, Arte, Técnica y Actividad económica. Estas funciones sirven de sostén á las éticas. La definición del Estado será: una unión completa y domiciliada de muchos, bajo un duradero poder central superior, con el fin de que éste defienda y proteja á todos los miembros contra dañosos atentados en el derecho y en el bien de cuantos pertenecen á la comunidad.

El derecho general del Estado se divide en derecho constitucional y derecho administrativo.

El derecho general constitucional, según se deduce del derecho racional que queda expuesto', contiene sólo el principio fundamental de la subordinación de los individuos á una voluntad superior, puesto que al formarse el Estado cedieron una parte de sus derechos para hallar una protección por parte de éste. Esa voluntad la representan los gobernantes.

Ulteriores configuraciones, como si es preferible la monarquía ó la república, son indiferentes desde el punto de vista ético, ó sea jurídico-racional y moral. Para cada pueblo y en un pueblo para cada época, puede ser apropiada una diferente forma. La única ley fundamental es que ni los gobernantes ni los gobernados sufran demasiado perjuicio.

La actividad administrativa abarca el mantenimiento del derecho (Justicia) y el cuidado defensivo y preventivo de la prosperidad (negocios exteriores, guerra, administración interior, hacienda).

De todas estas funciones son éticas: el mantenimiento del derecho y la parte defensiva del fomento de la prosperidad. En esta última se comprende la defensa del territorio y la defensa contra daños de los elementos en la vida psíquica de los individuos (por ejemplo, lo referente á proletariado, á establecimientos para enfermos y ciegos.)

Las otras funciones son: preventiva directa (policía) y preventiva indirecta (fomento de arte, industria, técnica). Sólo la policía judicial tiene carácter defensivo y por tanto naturaleza ética.

De lo dicho se deduce que el Estado derivado del principio fundamental de la ética positivo científica, es tanto un Estado de Derecho como un Estado de cultura.

Por último, como afirma Jellinek, la justificación puramente jurídica del Estado, es imposible. Trátase más bien, en última instancia, de una pura cuestion ética: si se reconoce ó no el Estado como fundado en una necesidad superior á los individuos, al Estado y á su derecho.

Berlín, Diciembre, 1906.

J. CASTILLEJO.

# NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS (*)

**El Crédito agrícola.—Cajas rurales de préstamos**, por *Rafael Ramos*, con una carta prólogo de *D. Francisco Rivas Moreno*.—Dos tomos de 276-307 páginas. Precio de la obra, 6 pesetas.

Una nota bibliográfica es, á la verdad, insuficiente para dar cuenta del oportuno é interesante Estudio sobre el trascendental problema agrario, que Rafael Ramos analiza en su bien meditada obra. Hemos leído el trabajo del publicista, y confesamos que al terminar su lectura, nuestra impresión ha sido de verdadera tristeza. Parecíanos que este país infortunado se asemejaba á aquellas nobiliarias familias, que enorgullecidas por tradicionales glorias conquistadas en tiempos antepasados, caen desbordadas, al sentir los estragos de la miseria, en las garras del usurero sin entrañas que trueca los vetustos é inservibles pergaminos en el pagaré con intereses abrumadores, seguido muy pronto de la inmoral retroventa. Acuérdanse entonces los espoliados, de su riqueza territorial, destrozada por el colonato y los apremios del Fisco, y retornan con amoroso afecto su vista entristecida á los abandonados campos de la solitaria aldea, venero oculto, y por ellos seco y encenegado, de fructuoso y sólido bienestar, que no cultivaron oportunamente, ni acaso fuera ya tiempo de explotar.

Ante la presente situación agraria hacen indudablemente falta libros como el de Rafael Ramos, porque la opinión no se satisface con promesas insustanciales de política agronómica é hidráulica, muy adecuadas á los giros retóricos de un discurso de aspiración al codiciado poder público, ó á la trama literaria de artículos periodísticos de inútil propaganda. Lo que es fructuoso, trascendente y oportuno, es que nuestros intelectuales hablen menos y escriban más, porque problemas tan arduos como los del crédito agrícola y reorganización de nuestra riqueza territorial, no pueden ni aun exponerse, cuanto mas solucionarse, en frases hechas, en tópicos vulgares, ni en conceptos retocados por el arte de la palabra, debien-

(*) De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

do, por el contrario, ser ofrecidas y estudiadas esas cosas en la labor meditada del libro, que es como campo cultivado que sazona la idea y la hace, por la madurez reflexiva con que se expone, útil y nutritiva al cuerpo social.

La obra de Rafael Ramos vale más que cien discursos oídos con natural desconfianza, porque es nula la garantía que del cumplimiento de su palabra nos da el que nos ofrece pronto remedio al mal que nos aniquila, y porque entre el follaje retórico que seduce los sentidos, se percibe una brisa helada de escepticismo é incredulidad que entristece y acongoja el ánimo de quien lo escucha.

El crédito agrícola, estudiado por Ramos en su sustancia y en relación con la usura que mata el capital imposibilitando el ahorro y la producción, es una de las páginas más trascendentales de la obra, en la cual el autor, verdadero sociólogo, hace la disección completa del absentismo, que en el propietario es la ruina de la riqueza puesta en manos del colono, y en el Estado la inercia que aniquila la tierra como valioso manantial de producción agraria Así puede decirse con el autor y como afirmación de categoría, que la ausencia del propietario de los lugares de cultivo para consumir los rendimientos de la tierra como se gasta el cupón de la Deuda pública; la inhibición del Estado, preocupado tan sólo del alza de sus ingresos, y el caciquismo en sus diversas fases imperando en nuestros campos, bastan á impedir la reconstitución agrícola, digan lo que quieran utópicos soñadores de regeneraciones halagadoras, pero fantásticas.

Todas estas cuestiones son materia del tomo primero del libro, estando dedicado el segundo á exponer la urgencia del planteamiento de instituciones de crédito y auxilio mutuo para el desarrollo positivo de la agricultura, como las Cajas rurales de préstamo, sociedades cooperativas, sindicatos, cámaras agrícolas, etc.; con lo cual el autor procede tan acertadamente, que expuesto sin reservas el mal, suministra el adecuado remedio, ofrecido al enfermo, no con artificioso y rebuscado ropaje de insustancial palabrería, sino en estilo claro, sencillo y conveniente, que tal es el lenguaje adecuado á la verdad.

El *Crédito agrícola* y *las Cajas rurales de préstamo*, es, por lo tanto, un libro oportunísimo, y mucho habrán de aprender con su lectura los que honrada y sinceramente se interesen por la prosperidad de la riqueza agrícola, hoy en grave riesgo de asoladora y acaso próxima ruina.

***

**Los accidentes del trabajo y el Seguro de accidentes.**—Libro de *Pedro Estasén*.—Un volumen de 638 páginas.—Hijos de Reus, editores; Madrid, 1904.—Precio, ocho pesetas en Madrid y ocho cincuenta en provincias.

Decía Hubert Valleroux, en sus *Estudios sobre el contrato del trabajo*, «que al reglamentar, condicionándola, la labor del obrero y sus accidentes, el legislador hacía la causa del socialismo». Tal afirmación integra, á nuestro entender, una concepción imperfecta del Estado en sus naturales relaciones con la iniciativa individual que la actividad humana significa, actividad no indiferente á los fines de la convivencia social.

En la lucha perdurable del derecho privativo del individuo—no desprovisto en su aspecto ético del egoísmo—frente al derecho de la colectividad, el Estado, institución de suprema tutela, tiene que realizar aquella finalidad que, según el feliz concepto de Quesnay, *representa la fuerza puesta al servicio de la justicia;* por lo cual, el trabajo, que es actividad y vida, debe, como materia de convención de servicios prestados mediante precio, ser materia de la ley en su forma y en sus accidentes, regulando para ello las relaciones jurídicas entre obreros, capitalistas y cooperadores, y garantizando según las reglas de los contratos aleatorios los accidentes, consecuencia del trabajo, en cuanto á la salud y la vida desgastadas y á veces perdidas por la labor del obrero en sus diversas manifestaciones mecánicas ó intelectuales.

Negar al Estado un intervencionismo racional y discreto, tan distante del socialismo práctico como del individualismo perturbador y acrático, equivaldría á solucionar el problema jurídico-social de las relaciones entre el obrero—que es por su trabajo fuente de riqueza, y el capital que lo fomenta y sostiene—, no por los derroteros del Derecho, que es la expresión legítima de la justicia, sino por los peligrosos caminos de los egoísmos y de la violencia, para dar fondo en el desquiciamiento de aquella tranquilidad jurídica, en la cual la armonía de todos los derechos privativos da como resultante el imperio del derecho colectivo, y con él la realidad de la justicia, finalidad la más trascendental del Estado en orden á su carácter de institución suprema del Derecho.

Esto se nos ocurría al leer con el detenimiento que por su importancia le es requerido, el libro de Estasén; estudio completo y meritísimo de la ley sobre Accidentes del trabajo, debida ésta á la iniciativa de un hombre de Estado ilustre, y que con ella supo patentizar que el problema social, si se complica hasta lo imposible por los procedimientos autoritarios de la fuerza, puede, con el

transcurso del tiempo y al amparo de la ley que acalla los egoísmos, mitiga los rencores hijos de la miseria y modifica las costumbres, tener una solución de paz y de armonía.

No es la obra de Estasén una enojosa disertación sociológica alrededor del manoseado asunto del capital y el trabajo, ni el autor se muestra como paladín esforzado del socialismo de escuela en contra del individualismo histórico, rayano en sus naturales evoluciones en el moderno anarquismo doctrinario y científico de teorías derivadas de la filosofía spenceriana. Su labor es práctica, su espíritu abierto, la dicción fácil y sencilla, la exposición de la materia completa y sin divagaciones, el conjunto metódico y al alcance de inteligencias no versadas en elucubraciones sociológicas, sino en la observación de la vida tal, y como ésta se nos ofrece en su natural y ordenado desenvolvimiento jurídico. A Estasén le es bastante afirmar que el trabajo es una manifestación de la actividad, condicionada y sometida á los postulados invariables del Derecho, para afirmar resueltamente lo inexcusable de la sanción, protección y respeto en los códigos civiles de aquella ley natural, amparadora de la actividad humana, que jamás habrá de ser perturbada por el arbitrio ó la intransigencia antijurídica de los demás. La vida del trabajador, manantial de la riqueza, capital que la muerte agota, génesis de la prosperidad colectiva, debe, por lo tanto, estar tutelada por el Estado y por sus leyes protegida, y en esa defensa y protección consiste la *ley jurídica del trabajo y de sus accidentes*. He aquí una verdad de categoría, con cuyo enunciado contesta victoriosamente Estasén á los impugnadores del intervencionismo gubernamental.

La naturaleza del trabajo, las personas que en él intervienen, el trabajo de las mujeres y niños, el descanso semanal y un detenido análisis del contrato, son materia del libro primero de la obra que tenemos á la vista. El estudio de los riesgos y accidentes del trabajo constituye la labor del libro segundo: labor interesantísima en que el autor analiza cuestiones tan trascendentales como las de la responsabilidad ó irresponsabilidad del patrono, la fuerza mayor y el concepto jurídico del accidente.

El *Seguro de accidentes* es objeto, por último, de exposición en el libro tercero, completando la obra cuatro apéndices con la ley y disposiciones legislativas vigentes, formularios clarísimos para su aplicación y tarifas del Seguro de accidentes en sus múltiples formas de aseguramiento.

P. González del Alba,
Magistrado de la Audiencia de Madrid.

**La propiedad inmueble improductiva**, por *Rafael Martínez Macarino*.—Un tomo, 93 páginas.—Madrid, 1903.—Est. tipográfico de Rivadeneira.

El autor se ha propuesto en este opúsculo, dar á conocer la cantidad de propiedad inmueble que hay improductiva en España, para lo cual se sirve, á falta de otros más recientes, de los datos publicados por el Instituto Geográfico y Estadístico en 1888.

Según ellos, puede calcularse aproximadamente en *veinte millones de hectáreas* la tierra cultivable que existe inculta, y, por tanto, improductiva, en España; es decir, que sólo la mitad, próximamente, de la tierra explotable está puesta en cultivo.

Este dato, verdaderamente alarmante, lo consigna el Sr. Martínez Macarino, después de establecer el carácter *social de la propiedad*, y fundado en ese principio llega á las siguientes conclusiones:

1.ª Todo propietario está obligado á explotar útilmente sus bienes inmuebles, por sí mismo ó por otra persona.

2.ª Que se obligue á vender la propiedad ó á contratar su aprovechamiento, en un plazo prudencial, y transcurrido éste, se castigue la falta de cultivo con el recargo de la contribución, para compensar la pérdida que la Sociedad experimenta.

3.ª Que en todo tiempo se proteja más al *poseedor* laborioso que al *propietario* holgazán.

4.ª Que se acorte el plazo para la prescripción del dominio y se establezca uno especial para los terrenos incultos.

5.ª Que se acorte el plazo para la transmisión definitiva de los bienes en caso de ausencia.

6.ª Que el Estado ceda gratuitamente sus baldíos, sin otra obligación que ponerlos en cultivo en un plazo breve.

7.ª Que se favorezca la roturación de terrenos incultos, mediante la exención de contribuciones ú otro género de auxilios.

8.ª Que se declaren *nullius* los terrenos no aprovechados por sus dueños durante tres años.

***

**La cuestión social y las escuelas socialistas**, por *Federico Carbonero*, Abogado. — Un tomo, 116 páginas. — Valladolid, 1903.—Imprenta de F. Santarén.

Se trata de un escrito de polémica. El autor define la cuestión social, cuya importancia reconoce; investiga las causas productoras del socialismo y pasa después á la exposición de la doctrina mantenida por diversas escuelas socialistas, y á su crítica.

Desde luego se advierte que el autor no se ha propuesto, en el opúsculo que reseño, ni la exposición ni el examen del socialismo y de las diversas escuelas que lo mantienen, porque ni se hace cargo de todo el problema, ni de todas las direcciones del pensamiento socialista. Además, trata con sobrada brevedad problemas tan interesantes como el relativo al *derecho al producto íntegro del trabajo*, y el referente al *salario*.

La exposición y la crítica del socialismo (tal como la hace) no ha servido al Sr. Carbonero más que de motivo para exponer su pensamiento referente á una parte—la económica—del problema social, y eso no en su totalidad, sino en una pequeña parte de él: la que se contiene en lo denominado *pauperismo*. Presiente el autor lo estrecho de ese campo y protesta de ello al decir: «No soy yo de los que piensan que la única causa del malestar social... lo sea la pobreza». Sin embargo, todas sus conclusiones se refieren á este orden.

Dice: «¿Quiérese reducir á sus verdaderos límites, por lo que hace al sustento del pobre ... la cuestión social? Pues le basta al Estado con hacer harina abundante para los pobres».

Las conclusiones del Sr. Carbonero son:

*a*) Supresión del impuesto de consumos.

*b*) Establecer escuelas gratuitas de aprendizaje, en todos los pueblos, respecto de los oficios de mayor aplicación en cada localidad.

*c*) Crear en cada pueblo un «padre de pobres», encargado de procurar ocupación, conforme á sus aptitudes, á los individuos de aquél que careciesen de ella.

*d*) Dar á la propiedad una organización más perfecta, excitando el patriotismo y caridad de los ricos.

*e*) Abrir en cada término municipal un *censo de pobres*, en que se clasifique á éstos por el sexo, la edad ó la enfermedad, y cuya asistencia esté á cargo de cada Ayuntamiento.

También el Sr. Carbonero es socialista, aunque él protesta de ello. Aboga por la libertad individual y por el respeto á la propiedad, que considera como «el más grande fundamento y soporte de la sociedad moderna».

Lo difícil está en conciliar, con estos principios, aquellas conclusiones.

F.-J. J. BENLLOCH.

# ANALES DE DERECHO INTERNACIONAL

## PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DEL BRASIL

No hay duda que el procedimiento de formación de un Código, es una de las cosas que más importan para que la codificación se haga en forma sistemática, científica y completa. Yo creo, que la mayor parte de los defectos que se atribuyen á los Códigos, desde que el ilustre Savigny se mostró resueltamente contrario á la codificación, obedecen á la excesiva rigidez é inflexibilidad de los preceptos en ellos recogidos por defecto de formación, si bien esa dureza en las fórmulas puede suavizarse si el legislador pretende llevar al Código reglas del derecho consuetudinario, que es el principalmente vivido en la sociedad, y procura recoger las aspiraciones de la ciencia jurídica, incorporándolas con las convenientes adaptaciones á la obra legislativa. Reconozco las dificultades que ofrece la codificación civil, por lo mismo que en ella han de regularse las relaciones más importantes de la vida social; pero no obstante los inconvenientes que esto ofrece, yo estimo que en las sociedades modernas son indispensables los Códigos, porque se satisfacen mejor con ellos las necesidades sociales estereotipando el pensamiento jurídico dominante, contribuyendo al progreso del derecho, traduciendo en sencillas fórmulas la plenitud de la conciencia jurídica del país, y mostrando claramente la regla jurídica que como preceptiva unas veces y permisiva otras,

se declara. El Proyecto de Código civil del Brasil, ha sido formado por encargo del Gobierno, por un Profesor eminente, por un jurista que honra el foro brasileño, el Dr. Clovis Bevilaqua, Catedrático de Legislación comparada en la Universidad del Brasil (1), el cual ha cumplido su honroso encargo presentando al gobierno su Proyecto que se insertó en el *Diario Oficial* de los Estados Unidos del Brasil en 15 de Mayo de 1900. A imitación del encargo que se hizo á Laurent por el gobierno belga para que hiciera un Código civil, el gobierno brasileño le comisionó á Bevilaqua este trabajo, habiendo cumplido su difícil misión con indiscutible éxito. No diré yo que este procedimiento para la formación de un Código civil sea el mejor, pues entiendo con el Sr. Azcárate, que el trabajo de redacción de un código civil, una vez establecidas las bases en que esté resuelto lo fundamental con relación á las instituciones jurídicas, debe encomendarse á un Abogado, á un Profesor y á un tercero que no fuera Profesor ni Abogado y ni siquiera licenciado en leyes; pero que tuviera una gran dosis de buen sentido, espí-

---

(1) El autor del Proyecto es una de las figuras más salientes de la República brasileña, y uno de los civilistas más competentes. De gran cultura jurídica, se preocupa mucho de las orientaciones científicas europeas, y mantiene con los Profesores de Alemania, Francia é Italia, relaciones. La circunstancia de haber conocido la obra mía *Las modernas direcciones del Derecho civil*, ha hecho que haya tenido con él continuada correspondencia, y haya podido proporcionarme un ejemplar de dicho Proyecto de Código civil, del que doy cuenta en el texto. Circunstancias especiales han motivado la suspensión de nuestra correspondencia, y desconozco si el Proyecto es ley en aquella República; pero de todos modos considero de mucha importancia la obra del Profesor brasileño, y por eso me decido á darla á conocer, siquiera sea ligeramente, con tanta mayor razón, en cuanto que hoy tiene la legislación comparada una función social que cumplir importantísima. La obras publicadas por Bevilaqua, y que yo le conozco, son las siguientes: Legislação comparada; A Philosophia positiva no Brazil; Estudos de direito e economia politica; Direito das abrigações; Direito da familia; Juristas philosophos; Criminologia e Direito; Direito das successões; Esbuçose Fragmentos; Concierto das Pessoas Juridicas, en la Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife en 1901; y otros innumerables trabajos publicados en otras revistas, y de esta citada, es de la que es Director.

ritu práctico y mucho conocimiento del país (1); no obstante, estimo mejor procedimiento que el empleado para la formación del Código civil de España, que combatió tan duramente el Sr. Comas en el Senado y el Sr. Pisa también, que ha dado por resultado que en nuestro Código se noten defectos esenciales de contenido, importación de instituciones exóticas, reproducción literal de bastantes artículos de Códigos extranjeros, principalmente del francés, lamentables incongruencias, que no obstante la reforma del Código, algunas subsisten, artículos faltos de tecnicismo, otros defectuosos por impropiedad de fórmula legislativa, y otros por errores de concepto legal, sin contar las antinomias que se notan y la difícil aplicación de alguno de sus preceptos, cuyos defectos se hubieran evitado en su mayoría con otro más racional procedimiento de formación del Código (2).

El gobierno del Brasil pensó, sin duda, que la competencia del Dr. Bevilaqua era una garantía para hacer un Código civil científico y práctico á la vez, pero comprendiendo la importancia de un Código civil, del que depende el desenvolvimiento y progreso de las instituciones que sirven de fundamento y sostén de la sociedad, no convirtió en ley el referido proyecto, sin antes contrastarle con otras respetables opiniones científicas, sin estudiarle detenidamente y sin examinar

---

(1) Puede verse esta opinión del Sr. Azcárate, en el discurso que pronunció en la sesión del Congreso de 8 de Abril de 1889, y las razones en que se apoyaba para defenderla, criticando á su vez el procedimiento de formacion del Código civil.

(2) Dice el docto Sánchez Román, en su obra *Estudios de Derecho civil*, tomo 1.º, pág. 580: «A este propósito bueno es deplorar una vez más los usos de nuestro país, de encomendar la formación de proyectos legislativos á personas que, dotadas de ilustración, laboriosidad y patriotismo indudables, las atenciones de su vida profesional, las exigencias de su vida pública y las condiciones de su propio valer social, no pueden menos de impedirles prestar toda la atención necesaria y que seguramente llevarían á Comisiones numerosas de varia índole, delicadas y hasta gratuitas, como las de intervenir en funciones legislativas, consultivas ú otras análogas, que por consecuencia de su representación social y política, se les suele encargar...»

la importante obra con el detenimiento y reflexión que la magnitud del asunto reclama, y por eso se nombró una comisión revisora del Proyecto, para que pudiera, por así decirlo, refinar la labor hecha por el Profesor Bevilaqua.

Las corporaciones científicas no se cruzaron de brazos ante la publicación del proyecto, sino que le estudiaron y dictaminaron algunas de ellas, haciendo observaciones á la obra legislativa. Tengo noticia del trabajo analítico que de dicho proyecto ha hecho el Dr. Afranio Peixoto, Profesor en la Facultad de Medicina de Bahía, en el que se hacen observaciones muy pertinentes sobre el proyecto, desde el punto de vista de la Medicina legal, y especialmente, sobre ciertos requisitos para la celebración del matrimonio; y desde el mismo punto de vista, hizo una crítica al proyecto en la REVISTA DE JURISPRUDENCIA, el Dr. Amancio Carvalho, Profesor de Medicina legal en la Facultad de San Paulo, y, por último, del informe de la Facultad de Direito de Minas Geraes, que ha sido contestado brillantemente por el mismo Bevilaqua en la Revista Académica de la Facultad de Derecho de Recife.

***

Acompaña al texto del Proyecto de Código unas observaciones preliminares, en que el autor revela una vasta erudición, empezando por justificar la necesidad de la codificación y la historia de la codificación en el Brasil, fijándose, principalmente, en el proyecto de Teixeira de Feitas y el de Antonio Coelho Rodrígues, que le han servido de antecedente para confeccionar el Proyecto de Código referido; se hace cargo de las corrientes científicas modernas, iniciadas especialmente en Italia, por el malogrado Cimbali, D'Aguanno Puglia, Tortori Cogliolo, y tantos más que han sido criticadas y expuestas en los distintos países (1); y fija su atención en el problema

(1) No me creo en el deber de hacer la crítica de estas doctrinas dada la índole de este trabajo; puede verse mi modo de pensar en mi libro *Las Modernas direcciones del Derecho civil.*

del socialismo jurídico en su aplicación al Derecho privado, estudiando con brillantez, aunque sobriamente, la cuestión de la unidad del Derecho privado, sobre la que dice, que las relaciones jurídicas de los dos dominios, el civil y el comercial, son fundamentalmente idénticas, pero que no es el momento actual para proceder á la unificación, puesto que las relaciones se presentan con caracteres suficientemente distintos en el Derecho privado común y en el especial de comercio.

Ha tenido además la buena idea de fijar su pensamiento acerca de la naturaleza de las principales instituciones jurídicas, precediendo al texto lo que pudiéramos llamar una exposición de motivos de las principales disposiciones contenidas en el Proyecto, con lo cual se facilita mucho la interpretación de algunos preceptos que ofrezcan dudas en su aplicación, porque se conoce el verdadero y auténtico pensamiento del legislador, no incurriendo en el defecto de nuestro Código, que se publico sin razonamiento previo alguno, lo cual ha dado lugar á quedar sin resolver muchas cuestiones que la jurisprudencia ha tenido que interpretar posteriormente, siguiendo Bevilaqua el ejemplo, digno de imitar, del Codigo civil alemán, que al articulado de cada institución acompaña una exposición de motivos.

***

En derecho, dice el Dr. Bevilaqua (1), como en cualquier otro círculo de ideas, la clasificación es un proceso lógico que tiende á facilitar el más exacto conocimiento de los fenómenos, agrupándolos jerárquicamente en un reducido número de tipos. El plan, por consiguiente, de un Código civil, es una de las cuestiones más importantes, por lo mismo que de la colocación respectiva de las instituciones jurídicas depende conocer con exactitud la naturaleza jurídica de ellas, y como dice Capitant (2), mediante él, será posible entrever la unidad del

(1) Pág. 8 del Proyecto.
(2) Introduction à l'etude de Droit civil. pág. 1.

edificio, los puntos de contacto de sus diferentes partes, el lugar que cada institución ocupa y el papel que cada una de ellas juega en el conjunto del organismo del derecho privado, «por lo que puede decirse que es el sistema óseo del cuerpo del derecho». Desde que Savigny (1) expuso su admirable plan, concebido en distinta forma, y atendiendo singularmente á la naturaleza de las instituciones de derecho privado, que el plan adoptado por Justiniano en su Instituta, reformado más tarde por el Código de Napoleon, si bien esta reforma no afectaba á lo fundamental de aquel plan romano, se ha discutido mucho entre romanistas y civilistas acerca de las ventajas é inconvenientes de amboe planes, teniendo hoy más aceptación en los tratadistas el plan llamado alemán, y ya los Códigos modernos van apartándose del modelo romano-francés, como ha ocurrido con el Código civil alemán y el Código civil del imperio del Japón y el proyecto de Código civil que examinamos (2).

Al adoptar en principio el plan alemán, claro es que el Proyecto se divide en dos partes: general y especial; lo cual es de alabar, porque es indispensable la existencia de una parte general que, según la expresión de Puchta, repetida por Unger (3), forma la atmósfera inmaterial, dentro de la cual se mueven las diversas instituciones jurídicas, pues es incuestionable, que conviene siempre estudiar las doctrinas comunes á todas las instituciones, y que son como los principios que las informan, pues la constituyen conceptos tan generales, que podrían servir para todos los códigos civiles que se formaran en los diferentes países, lo cual facilita el conocimiento del derecho civil comparado, que actualmente desempeña una fun-

(1) Sistema del Derecho romano actual.

(2) No sigue este plan el Proyecto de Código suizo. Tiene un título preliminar y cinco libros: 1.° De las personas. 2.° De la Familia. 3.° De las sucesiones. 4.° De los Derechos reales. 5.° De las obligaciones.

(3) System des osterreichischen allgemeine Privatrechts, párrafo 24.

ción social importantísima (1), y contribuyendo de esta suerte á la internacionalización del Derecho civil, que es hoy una de las aspiraciones modernas, siquiera haya sido combatida muy duramente esta tendencia, y que si en la actualidad no puede pensarse en realizarla totalmente, no es imposible hacerla parcialmente, fijando el *derecho común legislativo* sobre algunas materias (2). Tiene en esta cuestión del plan, el código de Bevilaqua una superioridad indiscutible sobre el nuestro, que tomando por modelo el plan romano francés con ligeras variantes, lleva en sí todos los inconvenientes que le han atribuído con razón los civilistas modernos, y sobre todo carece de la parte general, que es cada vez más necesaria si ha de estudiarse con fruto el Derecho civil, bajo un método distinto que el tradicional, ó de los intérpretes del Derecho, que con tanta brillantez refuta Mr. Geny (3).

En la parte especial, ofrece el Proyecto á que me refiero una singularidad digna de ser conocida. Admite, como no puede menos, los cuatro grandes tratados que costituyen los diferentes grupos de relaciones que integran el contenido del Derecho civil, pero los presenta en distinto orden que Savigny, Makeldey, Chironi, Cogliolo, Carvalho, Sánchez Román y cuantos aceptan en su totalidad y en toda su pureza el plan llamado alemán. Bevilaqua cree que debe comenzarse á exponer las materias del Derecho civil por las relaciones de familia, como lo hace el código civil de Austria y algunos escritores

(1) No es mi propósito defender el plan alemán, que yo sigo en mi programa; pero conviene decir que antes que Savigny expusiera este plan, pudiera considerarse como antecedentes é intentos de reforma del plan Justinianeo, las clasificaciones de derecho presentadas por Connanus, Vigelius, Althusius, Leibniz, Domat, y otros; debiendo advertir que uno de los que aplicaron primeramente al Derecho civil el plan de Puchta y Savigny, fué el Profesor alemán Heisse.

(2) Véase á Lambert en su erudita y profunda obra el *Régimen sucesoral*, en el tomo publicado este año, Introducción. *La fonction du droit civil comparé*, París.

(3) *Método y fuentes del derecho privado*, obra traducida al castellano por la REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

como Cimbali, D'Aguanno, Gabba, Gianturco y Roth; de manera que altera el orden de exposición magistralmente expuesto por Savigny, y en el Proyecto se presentan las materias en esta forma: derecho de familia, derecho de las cosas, derecho de obligaciones y derecho de sucesiones.

Esta novedad no creemos tenga gran fundamento, no obstante las razones que el autor del proyecto presenta en favor de su novedad, porque como dice Winscheid (1), el derecho privado debe regular: 1.º, las relaciones patrimoniales; 2.º, las relaciones de familia, ó como afirma Savigny, la primera clase de relaciones de derecho, son las que el hombre tiene considerado como ser aislado, extendiendo su consideración sobre el mundo exterior, mientras que las relaciones que no son patrimoniales, como las anteriores, figura el hombre como miembro de un todo orgánico que compone la humanidad (2), y es claro, lógicamente, éstas no pueden preceder sino que deben seguir á las primeras, y sin una expresión completa del derecho de familia, no es posible comprender la influencia de la familia sobre los bienes, siendo imposible explicar esta influencia sin conocer antes la relación jurídica condicionada, por lo cual, el orden lógico exige que se estudie antes el derecho patrimonial que el derecho de familia, y no como lo hace Bevilaqua en su proyecto de Código.

***

Aunque no me proponga en este trabajo exponer ninguna institución jurídica regulada en el Proyecto referido, porque esto sería materia bastante para ser tratada en algunos artículos, á cuya labor no renuncio, sí conviene hacer constar que, en general, el proyecto de Código civil del Brasil, á juzgar por su contenido, se mantiene dentro de los moldes del individua-

(1) Lehrbuch des Pandecktenrechts; tomo 1.º, párrafo 13.
(2) Sistema del Derecho romano actual; tomo 1.º, párrafos 57 y 58.

lismo, si bien da mayores desarrollos á alguna materia, que en nuestro Código es deficientísimo, como por ejemplo, el contrato de trabajo, aunque no llega á lo que hoy la exigencia científica de acuerdo con las necesidades de la vida práctica reclama sobre este punto.

Otro tanto podríamos decir de algunas materias; pero el referido proyecto sigue los caminos trazados por la mayor parte de los Códigos, esto es, el de los Códigos civiles, en vez de aspirar si no á formar un tipo de Código privado social, al menos á marcar una tendencia necesaria en este sentido de aproximación al ideal jurídico en esta materia, abandonando los extrechos límites del exagerado individualismo que les informa.

Pero no obstante, creo sinceramente que si este proyecto no es una obra extraordinaria, tiene un mérito indiscutible y satisfecho puede estar el Dr. Bevilaqua de su trabajo, pues muestra con él, que es digno colega de Teixeira de Freitas y de Coelho Rodríguez y que conoce á la perfección el movimiento jurídico contemporáneo, como lo prueba la sólida erudición de que hace gala en la exposición de motivos que acompaña al proyecto.

CALIXTO VALVERDE,
Catedrático de la Universidad de Valladolid.

# SECCIÓN DE SOCIOLOGÍA

## CRÓNICA DEL MOVIMIENTO SOCIOLÓGICO

SUMARIO: Una sección de *Sociología*.—Importancia actual de los estudios sociológicos.—Las Revistas de Sociología.—Plan —El *Nouveau Programme de Sociologie* de E. de Roberty.—Los problemas del objeto, del método y de la ley en Sociología.—El fenómeno social, superorgánico.—Explicación del mismo por Roberty.—Lo social y lo psicológico.—Organicistas y psicosociólogos.—Posición de Roberty.—Explicaciones.—La *Revue internationale de Sociologie*.—Spencer.—Los salarios desde 1300 á 1900, por Schmoller.—Noticias.

La REVISTA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA inaugura hoy una sección, especialmente destinada á recoger el movimiento científico de la *Sociología*. De antiguo ya, los asuntos sociológicos, y los problemas doctrinales de la nueva ciencia, se tratan desde estas páginas: quien repase con cuidado los índices de la REVISTA, verá en ellos, al menos en parte indicada, desde el punto de vista que á su índole importa, la génesis de la *Sociología*: las iniciaciones primeras, la lucha en pro y en contra de su admisión como ciencia sustantiva, las fórmulas propuestas para caracterizarla como disciplina independiente, la elaboración accidentada de sus métodos y sistemas, con más el influjo renovador que la labor sociológica ha ejercido en aquellas ciencias que de un modo especial cultiva esta REVISTA: las ciencias jurídicas.

Pero ante la creciente importancia que la *Sociología* adquiere en el mundo científico, ante el valor particular que alcanzan todos los problemas sociológicos, y sobre todo, tenien-

do en cuenta el interés especialísimo que, para el jurista y para el publicista, revisten hoy los aspectos sociales, y los puntos de vista sociológicos del derecho y de la jurisprudencia, se ha considerado oportuno por la Dirección y Redacción de la REVISTA destinar á la ciencia social, considerada como *Sociología*, una sección propia.

En rigor, ya no cabe discutir los títulos de la legitimidad con que la *Sociología* puede tomar posiciones en la literatura científica. Recibida al principio, si no la idea—la idea de una ciencia de las sociedades ó de lo social—, por lo menos la palabra, con gran repugnancia, hoy está consagrada por el uso en todos los idiomas, habiendo recibido su existencia, como disciplina intelectual, una confirmación oficial, universitaria. Bastará recordar que hay hoy cátedras de Sociología en América, en Alemania, en Bélgica, en Francia, en Italia y en España.

Y no sólo esto: la *Sociología* supone uno de los movimientos bibliográficos y de investigación científica más fecundos, ricos é interesantes del mundo culto. De un lado, las gentes sabias organizan instituciones ó corporaciones para cultivar la nueva ciencia, ó sencillamente para relacionar entre sí á sus cultivadores; sirvan de ejemplo de este género de iniciativas, el *Instituto internacional de Sociología* de París, la *Sociedad de Sociología*, de París también, la *Sociedad de Sociología* de Londres, y entre nosotros, el *Instituto de Sociología* de Madrid. Por otra parte, son ya numerosísimas las publicaciones periódicas destinadas á condensar las investigaciones sociológicas: sin ánimo de señalar todas, he de recordar, *L'Année Sociologique*, los *Annales de l'Institut international de Sociologie* y la *Revue internationale de Sociologie*, en Francia; los *Annales de Sociologie* y el *Mouvement sociologique*, en Bélgica; la *Rivista italiana de Sociologie*, en Italia, y el *American Journal of Sociology*, en los Estados Unidos. Además, una gran revista alemana, la de Mach, Avenarius y Riehl, revista filosófica, para responder á las nuevas orientaciones de la especulación científica, se ha conside-

rado obligada á añadir á su título la palabra de moda, y así ahora se llama la indicada publicación *Vierteljahschriff für wissenschaftliche Philosophie und* SOCIOLOGIE.

Y cuenta que en Alemania es donde la *invención* de Comte tropezó, y tropieza, con mayores dificultades.

Todo esto sin referirnos, ni á la importancia que dan las revistas de carácter general, las jurídicas, las económicas y las filosóficas, á los estudios sociológicos, ni la abundantísima literatura especialmente sociológica que ya existe, y que aumenta de una manera constante, en proporciones verdaderamente extraordinarias.

No hay duda, que el espíritu científico contemporáneo se siente atraído de un modo particularísimo por *lo social*: todas las relaciones sociales, con más lo social por lo social mismo, y la sociedad, como realidad viva, compleja, *misteriosa*, no obstante su existencia positiva: he ahí los objetos predilectos del hombre científico que siente curiosidad por conocer la naturaleza humana. Y no hay duda, además, que existe una tendencia muy acentuada y dominante, en el sentido de considerar *sociológicamente*, es decir, como fenómenos sociales, como productos sociales, las instituciones todas, y las ideas, sentimientos, necesidades: en suma, todo lo que entrañe una manifestación de la actividad humana, v. gr., la propiedad, el Estado, la religión, la moral, el arte, las lenguas, el derecho.

No puede, pues, creo yo, discutirse la oportunidad con que la REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA abre esta *Sección de Sociología*.

¿Y qué se va á comprender en ella?

No se ha formado un plan cerrado: se irá desarrollando éste con el tiempo. Por de pronto, figurarán en esta parte de la REVISTA, crónicas, como la presente, en las cuales se procurará dar cuenta de alguna obra sociológica importante, y de los trabajos de mayor interés que se inserten en las revistas extranjeras relativos á sociología. Además se publicarán artículos sobre problemas de esta ciencia, de autores españoles

y extranjeros. Para este último efecto, se promete la REVISTA DE LEGISLACIÓN obtener el apoyo positivo, de muchos de los principales sociólogos de otros países.

***

Y hechas las anteriores indicaciones, veamos qué libro de sociología, reciente, importa registrar esta vez. Sin duda, merece la preferencia el *Nouveau Programme de Sociologie* de Roberty. Su autor lo considera como un *bosquejo* de una introducción general al estudio de las ciencias del mundo superorgánico; en realidad, pudiera considerarse como el remate de un edificio hace largo tiempo comenzado. Porque no es el libro de M. de Roberty una introducción, que se limite á anunciar una obra futura sistemática de sociología, sino que viene después que el autor ha elaborado gran parte de un ensayo de constitución de la sociología, ensayo contenido en las siguientes obras: *Le Sociologie*, *L'Ethique: le Bien et le Mal*, *Le Psychisme social*, *Les fondements de l'Ethique* y *Constitution de l'Ethique* (la Ética se considera aquí como sociología elemental). El *Nuevo Programa* parece así como un intento de reconstrucción, en el cual se recoge gran parte de la obra hecha, dándole una mayor consistencia, y á la vez se prepara una ulterior continuación de la labor, en campos todavía no explorados.

En el primer capítulo del *Programa* indica M. de Roberty el objeto capital del mismo. Vuelve la vista hacia atrás, á su obra, á su esfuerzo, sin cesar mantenido, hacia estos dos fines «lógica é históricamente conexos: 1.º, la *constitución de la sociología*, problema, dice, que se pone en primer lugar y que no admite aplazamiento; y 2.º, la *constitución de la filosofía*, problema de un alcance social mayor aún, pero que se deriva del anterior, que se anuncia como su consecuencia próxima». El nuevo libro de Roberty viene á continuar este esfuerzo, viene á aclarar, coordinar y enmendar, si hubiere lugar, sus tesis filosóficas y sociológicas, y al efecto trata en él de hacer paten-

tes «los puntos esenciales y decisivos de su doctrina sociológica». Estos puntos comprenden: 1.°, una hipótesis fundamental sobre la naturaleza del fenómeno superorgánico; 2.°, un método particular apropiado al estudio de los hechos de este orden; y 3.°, una ley general que gobierne el conjunto de su evolución; es decir, comprenden los problemas cuya solución pide toda construcción sistemática de una sociología científica: objeto, método, ley.

***

Aunque los tres problemas examinados y, en hipótesis, resueltos por M. de Roberty, tienen para el sociólogo idéntico interés, voy á limitarme, por hoy, á exponer las ideas del autor acerca del primero, esto es, acerca del objeto, materia ó *realidad* sociológica, que tanto supone la determinación del fenómeno superorgánico. Al fin ahí está la raíz de la sociología, y para muchos, de ahí debe partirse para admitir ó rechazar la existencia de ésta. ¿Hay ó no hay un fenómeno social, un orden social? La sociedad ¿entraña una existencia real, específica?: «el problema de lo específico, de lo social, suscitado, aunque no resuelto, dice M. de Roberty, por Comte y su discípulo Littré, atrajo por diversos títulos la atención de los sociólogos. Y aun hoy resucita en sus preocupaciones, ocupando en ellas un lugar considerable, y adquiriendo un aire hamletiano: *ser ó no ser*» (1).

El fenómeno social es un fenómeno *superorgánico*, es decir, que trasciende del mundo orgánico, que está *sobre* lo meramente *orgánico*; pero ¿qué es? ¿existe en realidad? Los fenómenos superorgánicos ¿no pueden considerarse como manifesta-

(1) Página 33: alude el autor aquí á M. Espinas, que escribió un artículo sobre el problema á que nos referimos, con el título *Etre ou ne pas être*, en la *Revue philosophique*, de Ribot, núm. 1.° de 1901.

ciones originadas en una diferenciación vital *sui generis*, latente primero y producida sólo en determinadas especies vivas, puramente instintiva y estacionaria en unos seres (sociedades animales), y *consciente* ó inteligente y, por ende, modificables y susceptibles de un largo desenvolvimiento, en otros—la especie humana—, y la cual consiste al fin en «oponer el «yo» (individuo biológico) al «otro», hasta establecer entre esos dos términos una *interacción* constante y fecunda en resultados y en *relaciones* variadas?

La comunicación de espíritu á espíritu: tal parece ser la indicación general de lo superorgánico: su fondo acaso. En los espíritus que viven juntos, comunicándose entre sí, surgen sensaciones, percepciones, representaciones, y, en su consecuencia, emociones, deseos, voluntades muy semejantes, si no idénticas; y el fenómeno social se concreta en esas manifestaciones provocadas por la interacción psíquica. «Sometidas al conjunto de condiciones, que usualmente se denominan «vida en común», las energías cerebrales difusas por los cerebros aislados se penetrarán mutuamente, se asociarán, se combinarán de diversas maneras. Y desde entonces, dejando de ofrecerse como cantidades *discretas*, esas energías se afirmarán así como cantidades *continuas*, y la *multiplicidad* biológica ó viva se apagará ante la *unidad* superorgánica ó social.»

Quiere decirse que lo social tiene un fondo psicológico, y que consiste en una síntesis de interacciones espirituales; en otros términos, la acción y reacción psíquicas que producen lo social, producen quizá una *cosa nueva*, una forma nueva de vivir ó de ser, que no explica el análisis, descomponiendo sus elementos individuales. Lo social es algo *real*; entre individuo é individuo (psíquicamente considerados), bajo el influjo de la interacción psicológica, se establece una *continuidad*, surge un fenómeno nuevo, se produce una *unidad*.

«Débilmente realizada primero esta especie de contigüidad, de cohesión ó de coherencia de los espíritus, se desenvuelve y se afirma más y más. La *fenomenalidad* superorgáni-

ca—no debe olvidarse esto—tiene en el universo un lugar considerable. Desempeña en él un papel preponderante, y se revela por las más abundantes cosechas de hechos. Sin embargo, éstos se refieren, en último análisis, á dos grandes causas, á saber: 1.ª, la acción recíproca ejercida entre los estados de conciencia simples, que persisten siendo esencialmente orgánicos; y 2.ª, la acción recíproca ejercida entre los estados conscientes que ofrecen una naturaleza mixta ó compuesta. Estos estados nacen y evolucionan bajo la influencia directa y creciente de la reciprocidad notada en primer lugar; se puede, por tanto, considerarlos como el producto ó el efecto constante de una colaboración activa de éstos con el conjunto de las propiedades puramente orgánicas.»

Hay, pues, en la producción de lo superorgánico dos acciones que fluyen superpuestas, ambas de naturaleza *psíquica:* la una, «una interacción cerebral elemental»—*psicofísica*—, y otra que se añade luego: «una interacción compleja derivada»—*psicológica*—. Bajo el influjo de la primera se esboza la vida social grosera, «el alma del grupo primitivo» (podríamos decir el alma de niño), que es la que por reacción constructiva, activísima, persistente, provoca la otra, plenamente superorgánica, y «se sirve del alma colectiva para alcanzar un fin más lejano, más difícil, más delicado. Es la que hace surgir el «individuo social», forma la «persona moral»... De acuerdo estricto con este fin último, se persigue y desarrolla la interacción psicológica, la evolución lenta de los conocimientos, de las creencias, de los gustos, de los modos de conducta, de las costumbres, de las instituciones, de todo lo que sirve para el establecimiento de los grupos sociales más y más estables, extensos y perfectos».

Pero estas acciones ó influjos superpuestos, ¿no son en el fondo psicológicos? ¿no serán puramente psicológicos los fenómenos sociales que resultan? ¿no estará todo ello reducido á una pura acción intermental en el sentido de Tarde? Toda la acción y reacción psíquica provocada por la oposición de los

«yo», ¿no será su último análisis pura psicología individual? (1).

«Los fenómenos superorgánicos, dice M. de Roberty, se distinguen, tanto de los procesos psicofísicos que forman su base profunda, como de los procesos psicológicos que se ofrecen como el producto inmediato de una combinación íntima de las propiedades vitales con la eflorescencia superorgánica. Esta última se nos aparece así como una complicación superior de las potencias de la vida. Pero las mismas necesidades de orden metodológico que obligan al biólogo á no asumir la tarea del químico, ó al químico y al físico á estudiar separadamente los hechos químicos y físicos, se imponen con fuerza al espíritu del sociólogo, cuyas investigaciones, para ser fructíferas, no deben ingerirse en los dominios vecinos.»

El influjo del punto de vista diferencial de Comte, comienza á aparecer en el sistema de M. de Roberty.

Pero veamos cómo razona el autor lo *específico* de lo *social*:

«Por otra parte, si el fenómeno superorgánico *sucede* al hecho vital, *precede* siempre al hecho psicológico. La primera tesis va implícita en la noción misma del fenómeno superorgánico, y la segunda se deriva del hecho probado, de que el hecho psicológico (ideas por poco abstractas y generales que sean, sentimientos complejos, etc.) no se produce jamás sino en un medio social; es decir, jamás sino á consecuencia de una comunicación y de una transmisión previas, de un cerebro á otro cerebro, en la misma especie zoológica, de representaciones, de emociones, de deseos, de voliciones muy simples ó que no pasan del límite psicofísico. Posterior, y en ese sentido, exterior al hecho vital, el fenómeno superorgánico simple ó elemental, es, por tanto, anterior y exterior al hecho psicologico.»

Y he ahí por qué (porque el fenómeno superorgánico se diferencia del psicofísico y del psicológico) se debe clasificar

(1) Comp. Duguit, *L' Etat*, I.

dicho fenómeno aparte, en una categoría científica distinta. Quizá algún día el fenómeno superorgánico será referido enteramente á sus orígenes inmediatos, los fenómenos orgánicos; pero por hoy, hay que verlo aparte, diferenciado, irreductible.

«Y he ahí también por qué, añade M. de Roberty, no dejo de defender la idea de una sociología *autónoma*, que ocupe en la jerarquía de las ciencias un rango análogo al de la biología, la química, la física, las matemáticas, y por qué pienso poder añadir á mi definición del fenómeno superorgánico el desenvolvimiento siguiente: es una transmutación *sui generis* de la *multiplicidad orgánica* (especie, raza) en una *unidad* más alta ó *superorgánica* (comunidad, ciudad) acompañada por la metamorfosis de la *unidad orgánica* (egoísmo, aislamiento, simbiosis parásita) en una *multiplicación superorgánica* (altruísmo, cooperación, solidaridad).»

Prescindiendo de otras indicaciones, conviene recoger, como características de la concepción del fenómeno social ó superorgánico de M. de Roberty, estas tres principales. Primeramente, para M. de Roberty aquél es un fenómeno *sui generis*, específico, base de una disciplina sustantiva; en su virtud, la doctrina de M. de Roberty viene en apoyo de la legitimidad científica de la sociología. En segundo lugar, M. de Roberty, procediendo de Comte, se coloca por entero en la corriente psicológica de la sociología; *pero á su manera*, como veremos. Y en tercer lugar, el fondo de la concepción sociológica del citado autor entraña una base *ética*.

Para determinar de un modo más definido la idea sociológica de M. de Roberty, conviene insistir en señalar cómo explica su punto de vista psicológico, dentro de la corriente general de la sociología moderna.

***

Es indiscutible que la tendencia más importante á la hora presente en la sociología, es la psicológica. El *biologismo*, un

tiempo tan de moda, está hoy muy desacreditado entre los sociólogos. M. de Roberty, al afirmar el punto de vista psicológico, en su concepción del fenómeno superorgánico, se coloca dentro de la tendencia imperante. Pero se esfuerza por mantener una posición personal.

«Como nosotros, dice, la escuela psicológica moderna en sociología, hace de los fenómenos de interacción psicológica el objeto propio de los estudios sociológicos. Pero en lugar de admitir con nosotros, al menos en hipótesis, la realidad de un nuevo modo de la existencia universal (ó de la fuerza última, en el sentido spenceriano de la palabra), á saber: el mundo superorgánico ó social, prefiere ignorar este aspecto del problema... La interacción psicológica, parece que dicen, es un fenómeno que pertenece esencial y originariamente al orden de los hechos psicológicos puros... En otros términos, lo social no es más que un aspecto de lo mental, por así decirlo; una vista de nuestro espíritu, que ya encierra lo psíquico en los límites estrechos de un cerebro individual—y hacemos entonces psicología basada en la psicofísica—, ó ya destruye esa barrera más ó menos ficticia, y deja salir lo psíquico fuera y lo considera en sus peregrinaciones múltiples en diferentes cerebros—y estimamos entonces que hacemos sociología.»—En suma: en esta escuela, la ciencia social viene á ser un capítulo de la psicología.

Podría ponerse algún reparo á esta manera de considerar la tendencia psicológica de la sociología moderna, por cuanto hay maneras de considerar psicológicamente el fenómeno social, que no implican una confusión de la sociología y la psicología. La psicología intermental de M. Tarde—de base individual—entraña esta confusión; pero no ocurre lo mismo con otras fórmulas importantísimas (1).

M. de Roberty afirma su posición distinta frente á los organicistas y los psicólogos. Los organicistas (como Spencer,

(1) V. mi *Literatura y problemas de la sociología.*

Schäffle, Llienfeld, Gumplowicz (?), Letourneau, Mongeolle, Worms, Novicow, etc.), fieles á la doctrina que veía en la psicología una simple sección de la biología, se apresuraron á identificar el organismo social con el auténtico organismo vivo.» Pero añadiré que entre los organicistas debe buscarse el antecedente más interesante del *realismo* social, de la sustantividad de la sociedad, si no como un sér, como un orden distinto. Los psicosociólogos (como Lazarus, Steinthal, Ihering, De Greef, Fouillée, Tarde, Simmel, Ward, Baldwin, etc., etc.) se dedicaron á hacer notar la identidad admitida por Comte entre el hecho psicológico y el social.

Para M. de Roberty, ambos hechos son irreductibles, distintos; no es el segundo un complejo del primero; ni éste un hecho puramente cerebral, ni un hecho simple, clave explicativa de la complicación sin número del mundo social y de su historia (Comte), sino un hecho compuesto, *biosocial*. El *espíritu*, es el resultado de una combinación íntima de propiedades orgánicas de la materia (que estudia la biología, con sus propiedades superorgánicas). De donde resulta que el fenómeno superorgánico, no pudiendo, *ex definitione*, ser el efecto de su propio efecto, ó del fenómeno psicológico, debe por necesidad poseer una causa independiente, ó bien, como el Dios de Spinoza, ser su propia causa. Y como es preciso siempre comenzar dando nombre á las cosas, doy á esta causa el nombre de *socialidad—socialité—*, preferible al de «psiquismo social» que antes he empleado (1).

Y luego añade: «mis lectores habituales saben lo que yo entiendo por ese término. Se trata para mí de un modo nuevo y provisionalmente irreductible de la existencia universal. Pero sin dar á mi concepción ningún sentido trascendental. Todo se reduce á una indicación de las más sencillas y hecha muy á menudo. He aquí en qué consiste. Como los demás hechos naturales, los fenómenos superorgánicos constituyen

(1) Cons. Roberty, *Le psychisme social* (1897).

esencialmente *relaciones* observadas por nosotros entre las cosas. Esas relaciones nos sirven para reconocer los objetos, sea separándolos, sea agrupándolos. Por tal camino llegamos á *especificarlos*, á *clasificarlos*, á *generalizarlos*—á colocarlos en especies, clases, géneros distintos—. Pero siempre que esas relaciones, que ponen en evidencia ciertos hechos, no llegan á referirlos á alguna clase más vasta ó ya conocida, los calificamos de *irreductibles*, y los consideramos como materia de una ciencia llamada «fundamental ó abstracta».

En conclusión, escribe más adelante nuestro autor: «la *fenomenalidad* superorgánica pasa, prolongándola la orgánica; como ésta, pasa continuándola la inorgánica.» Así como de la química, puede decirse que es una «física química» y de la biología que es una «química viva», de la sociología pudiera decirse que es una biología superorgánica».

***

Por lo demás, aunque el fenómeno superorgánico es siempre y esencialmente un fenómeno de *interacción* psicofísica ó psicológica, podemos, sin embargo, considerarlo de tres maneras diversas: «como separado tanto del fenómeno orgánico como del inorgánico, ó como unido al simple fenómeno vital, ó bien como asociado á la vez á éste y al fenómeno inorgánico. En el primer caso lo consideramos como hecho *abstracto:* en los otros dos, como un *hecho concreto*. Y necesariamente, si queremos *conocerle* bajo todos sus aspectos, debemos estudiarle desde esos tres puntos de vista», sin oponerlos, sin disminuir el uno en beneficio de los otros.

M. de Roberty insiste mucho sobre la importancia del estudio de los fenómenos sociológicos concretos, en sus dos clases, ya que en ellos se manifieste siempre la determinación positiva de la «socialidad». En la primera se comprueban siempre estos dos elementos abstractos combinados íntimamente: 1.°, la *vida*; 2.°, la «socialidad» primordial. En «la se-

gunda clase, donde pululan los hechos más complejos, que un primer esfuerzo de abstracción agrupa y registra bajo las denominaciones variadas de hechos científicos, de hechos religiosos ó filosóficos, de hechos estéticos, y en fin, de hechos prácticos ó teleológicos—estos, á su vez, divididos en hechos técnicos, económicos, jurídicos, políticos, etc.—, el mismo pensamiento, sabio, ansioso de penetrar en el corazón de las cosas, comprueba la presencia y la actividad combinadas de tres especies de elementos abstractos: 1.°, la *socialidad*, amplificada, y que ha evolucionado, manifestándose por la interacción que ha entrado ya en la fase psicológica; 2.°, la *vida*, que representa el conjunto de las fuerzas ó propiedades orgánicas esparcidas por el universo, y 3.°, la energía mecánica, el *movimiento* que representa el conjunto de las propiedadas físico-químicas y cuantitativas de las cosas. Los hechos sociales y su producto último, su expresión á la vez la más particular y la más concreta; el individuo social, se nos ofrecen así como el resumen sucinto, ó en toda la fuerza del término, el auténtico «microcosmos» del mundo».

Conviene advertir, sin embargo, para señalar el campo especial de la sociología, que al estudiar los fenómenos concretos, en que contiene su parte de «socialidad», el sociólogo persigue un fin único: el conocimiento profundo de las leyes de la interacción mental, en esos hechos en que se cruzan con ésta los otros de aspectos fundamentales de la energía universal. Y este estudio constituye el vasto dominio de la *Historia natural de las sociedades*.

Si no fuera que nuestra misión hoy se reduce á exponer fielmente la pura doctrina de M. de Roberty, sería este el momento oportuno de explicar la trascendencia que este modo de explicar los *hechos sociales* debe tener, para la consideración *sociológica* de todos los órdenes concretos y especiales de la actividad humana; v. g., el orden político, el económico, el jurídico, etc. En la concepción de M. de Roberty aparece como sintetizados, aunque sea desde el punto de vista predominante

psicológico, los diversos aspectos que en esos hechos ú órdenes de hechos se ofrecen, y que á las veces se olvidan; en efecto: en el hecho jurídico, ó en el económico, como hechos sociales, el sociólogo debe ver, además de su explicación especial—teleológica—, el cruce, la combinación de la interacción mental, con el influjo de las condiciones orgánicas de la vida del pueblo, y con el de las condiciones inorgánicas,—físico químicas—del medio cósmico...

Una sociología jurídica, implicaría, pues, el análisis de la interacción mental—*socialidad*—moviéndose en relación íntima con todas esas condiciones.

Pero, repito, que no puedo insistir en esta digresión; me doy por satisfecho con indicarla, y continúo.

Una última explicación: ¿qué valor *real*, no meramente lógico, tienen para M. de Roberty los caracteres de *específico* y de *irreductible* de lo social? ¿Entrañan un *poligenismo esencial?*

Al referirse el autor al problema del *ser ó no ser* de la sociología, dependiendo este ser ó no ser del carácter distinto y sustantivo de la sociedad ó de lo social, dice: «Estimo que no está mal que de nuevo se discuta esa cuestión primordial. Pero pienso además que se haría bien ampliando sus términos hasta abrazar en una sola fórmula, no sólo lo específico de lo social como distinto de lo específico vital, sino también la distinción de este específico del mecánico. Porque la dificultad es exactamente la misma en los dos casos, y vencida en el uno, pierde mucho de su poder obstructivo en el otro. Por lo demás, he aquí cómo concibo los datos esenciales del problema así generalizado y la solución, siempre en mi sentir hipotética, que entraña.

»La *autogénesis* del espíritu, ó de su contenido ideológico, emocional y volitivo, me parece... una doctrina insostenible... Todo lo que un cerebro humano encierra de fenómenos psicofísicos, ó de una manera virtual, de fenómenos psicológicos y de hechos, de acontecimientos sociales, le viene de afuera, debe ser considerado como un producto adecuado del universo

que lo rodea (según una exacta interpretación de la relación esencial: el mundo es mi ó nuestra representación del mundo). Pero el universo omnicomprensivo, la realidad mesológica omnipresente, se deja seccionar por el análisis abstracto; y la razón que preside ese proceso divisor nos solicita para investigar los elementos fundamentales y últimos que, componiendo el mundo, nos componen á nosotros: nos solicita además para establecer entre ellos un lazo causal, para colocarlos en un orden serial fijo, que es aquel en que aparecen y se reproducen de la manera más constante en nuestra conciencia.»

En otros términos: que el carácter irreductible, bajo que á la razón se ofrece el fenómeno social, al modo que el biológico y el químico, no entraña una rutura objetiva de la realidad, una poligénesis del mundo, sino que, independientemente de aquello en que consista lo irreductible de cada orden para nosotros, la continuidad del universo, su monogénesis se mantiene y afirma, aunque por ahora no se explique.

Sea de ello lo que fuere, la idea del fenómeno superorgánico de M. de Roberty, entraña un gran esfuerzo, que no puede menos de anotarse y de tomarse en cuenta, en la constitución doctrinal de la sociología, y es un ensayo importantísimo de investigación, rigurosamente especulativa, de una *base* real y de concepto para construir la nueva ciencia, ó mejor un ensayo, á veces muy aprovechable, y en todo caso muy digno de estudio, de determinación del objeto propio de las indagaciones sociológicas.

---

El sumario del número de Enero de la *Revue internationale de Sociologie* (Director M. Worms), comprende tres trabajos interesantes. Figura en primer término una nota del Director sobre *Herbert Spencer*. El juicio del Sr. Worms acerca de la representación filosófica del sabio sociólogo inglés es exactísimo.

«Su grande obra enciclopédica, dice, ha sido para el último

tercio del siglo XIX cosa análoga á lo que fué la de Hegel para el primero y la de Augusto Comte para el segundo.»

En efecto, Spencer resume, como Kant, como Hegel, como Comte, el pensamiento filosófico de un período. Como ellos, recogió Spencer la orientación dominante, sintetizándola, dándole forma y aderezándola para que sirviera de alimento á las gentes. El spencerismo, como el kantismo, como el hegelianismo, como el positivismo comtiano, representa una corriente del espíritu científico, algo más ya que la obra de un hombre, un estado de opinión y hasta una disposición general del ánimo que á veces se traduce en manera de vivir, en conducta...

A continuación de la nota de M. Worms, puede leerse un excelente trabajo del economista alemán Schmoller sobre *El Movimiento histórico de los salarios desde 1300 á 1900 y sus causas*. No es fácil de extractar este artículo, lleno de indicaciones estadísticas y de razonamientos complejos, no resumibles, sino á costa de su claridad y de su valor científico; hay que leerlo. Sólo copiaré estos párrafos, que parecen contener la idea del autor, sobre la causa del alza de los salarios, en los últimos cincuenta años.

«Los grandes movimientos que se producen en las ramas de la actividad económica, las grandes fluctuaciones históricas y las pequeñas fluctuaciones pasajeras, el alza y la baja del valor del dinero y de los precios, tienen un influjo ya favorable, ya desfavorable, en el salario. Su juego y sus cambios no pueden dejarse dominar completamente por ninguna política económica, sino tan sólo modificarse en parte. El alza ó la baja de los salarios queda, pues, por tanto, abandonada á las inevitables é invencibles decisiones de la suerte. Hay que estar reconocidos á ésta, cuando es favorable á la clase obrera, como ha ocurrido en definitiva desde 1850 á 1900.

»Pero en todo caso, esas causas no explican por sí solas el alza de los salarios en los cincuenta últimos años. Hay que atribuirla también, en mucha parte, á la elevación psicológica é intelectual de la clase obrera, y ésta á la reforma social, á las

instituciones mejoradas, á la potencia creciente de las clases bajas, al mejor conocimiento que de ellas tienen las clases superiores, y á la simpatía que les demuestran. Y toda esta serie de causas pertenece al dominio de la acción humana, á la política, y depende de un concurso de ideas y de voluntades, de ideales y de fuerzas morales.

»Y además, ¡cuanto ha influído el mejoramiento de la instrucción general y de la edecución técnica del pueblo; qué de fuerzas han hecho nacer y aumentar la iniciativa individual y el espíritu de asociación; cuánto ha hecho el espíritu de unión en todos sentidos; qué de valor y de empuje no ha dado á las gentes, procurándolas seguridad, el establecimiento de las cajas de ahorros y de los seguros obreros! La extensión de los derechos políticos ha fortificado la conciencia y el sentimiento personales; ha elevado parcialmente ya al partido obrero, dándole una potencia temida, á menudo mal empleada, pero en suma beneficiosa para sus intereses...»

Y no copio más: las líneas preinsertas entrañan una amplia comprensión de las causas económicas, políticas y sociales (*éticas,* no pocas), que obran en la evolución de un fenómeno tan estrictamente económico, como el salario: entrañan labor de *sociólogo,* y además entrañan sugestiones profundamente instructivas, para determinar el valor y trascendencia *económica inclusive,* de toda reforma y de toda acción social, de contenido moral ó educativo.

El último artículo de la *Revue* citada es uno del Dr. Rousy sobre *Ciencia y Democracia.*

También da cuenta la *Revue* en el mismo número, de las discusiones recientes habidas en la *Sociedad de Sociología de París:* hablaron en ellas M. Rauh y M. Tarde de *Sociología y Moral.*

ADOLFO POSADA,
Profesor de la Facultad de Derecho
en la Universidad de Oviedo.

# SOCIOLOGÍA Y CIENCIAS SOCIALES (*)

Se dice ordinariamente de la sociología que es la ciencia de los hechos sociales, es decir, de los fenómenos que manifiestan la vida propia de las sociedades; y esta definición puede pasar por una verdad corriente, que nadie discute. Pero es preciso, además, que el objeto de la ciencia se determine. En efecto, esos mismos hechos que se le asignan como materia, son ya estudiados por una multitud de disciplinas particulares: historia de las religiones, del derecho, de las instituciones políticas, estadística, ciencia económica, etc., etc. Se está, pues, á lo que parece, en la alternativa siguiente: Ó la sociología tiene el mismo objeto que las ciencias llamadas históricas y sociales, y entonces se confunde con estas últimas, y es sólo el término genérico que sirve para designarlas colectivamente; ó bien es una ciencia distinta, tiene su individualidad propia, lo cual exige que tenga un objeto que especialmente le pertenezca. ¿Y dónde encontrarle fuera de los fenómenos de que tratan las diferentes ciencias sociales?

El objeto de este trabajo es mostrar cómo se resuelve este

(*) Para inaugurar los trabajos de sociólogos extranjeros en esta sección especial de Sociología, nada más á propósito que este estudio del eminente director del *Année Sociologique,* M. Durkheim, y de uno de sus colaboradores, M. Fauconnet, estudio publicado en la *Revue Philosophique,* que dirige M. Ribot. Sus autores y el editor de la *Revue*, M. Alcan, nos han autorizado para reproducir en nuestras páginas tan importante trabajo, por lo que les enviamos desde aquí la expresión de nuestro sincero reconocimiento.—(*N. de la R.*)

dilema. Nos proponemos establecer, de una parte, que la sociología no es y no puede ser más que el sistema, el *corpus* de las ciencias sociales; de otra, que esa comprensión, bajo un epígrafe común, no constituye una simple operación verbal, sino que implica é indica un cambio radical en el método y en la organización de esas ciencias. Pero entiéndase que no queremos proceder á esta demostración de una manera puramente dialéctica. No se trata de analizar lógicamente el contenido de una noción previamente construída. Esas disertaciones de concepto se consideran, con razón, como vanas. La sociología existe, tiene ya una historia que pone de relieve su naturaleza: no hay para qué tratar de imaginarla. Pero es posible observarla. Si para nada sirve disputar *in abstracto* sobre lo que la ciencia debe ser, tiene, en cambio, verdadero interés darse cuenta de lo que llega á ser, á medida que se hace, de los elementos diversos de que es resultado, y de su parte respectiva en la obra total. Eso es lo que intentaremos realizar en las páginas que van á leerse.

## I

Reducir la sociología á no ser más que el sistema de las ciencias sociales, equivale, según parece á primera vista, á ponerse en oposición con los fundadores de la ciencia nueva y romper con la tradición que han establecido. Limitándonos al más grande de todos ellos, es muy cierto, que Augusto Comte, jamás concibió la sociología sino como una especulación unitaria é integral, estrechamente unida con la filosofía general. Es como el coronamiento y la clave. No está allí por sí sola, sino porque sólo ella puede procurar el principio necesario á una sistematización completa de la experiencia. Así ha podido decirse, no sin razón, que en un sentido es, no una ciencia especial, sino «la ciencia única», «la ciencia universal», porque las otras ciencias pueden ser consideradas como grandes hechos sociológicos, y por que el conjunto de lo que en ellas nos

es dado, se subordina á la idea suprema de la humanidad» (1). Y en efecto, la ley de los tres estados, que domina en todo el *Cours de philosophie positive*, es una ley esencialmente sociológica; y como, por otra parte, la demostración de esta ley, se apoya sobre consideraciones filosóficas, relativas á las condiciones del conocimiento, resulta que la filosofía positiva es por completo una sociología, y que la sociología comtiana es en sí misma una filosofía.

No sólo la sociología naciente ha presentado ese carácter, sino que era además necesario que lo presentase. No podía nacer más que en el seno de una filosofía: porque tradiciones filosóficas eran las que se oponían á que se constituyese. El primero de esos obstáculos era el dualismo religioso ó metafísico, que hacía de la humanidad un mundo aparte, sustraído, por no se sabe qué oscuro privilegio, al determinismo, cuya existencia consignaban las ciencias naturales, en el resto del universo. Para que la nueva ciencia pudiera fundarse, era preciso, pues, extender la idea de las leyes naturales á los fenómenos humanos. Mientras esta primera condición no se cumpliese, la aplicación del pensamiento á los hechos sociales, no podía engendrar una verdadera ciencia positiva y progresiva. Si las juiciosas ó penetrantes observaciones que Aristóteles y Bossuet, Montesquieu y Condorcet, han podido hacer sobre la vida de las sociedades, no constituían, sin embargo, una sociología, es que les faltaba ese principio fundamental. El cual no podía resultar sino de un progreso del pensamiento filosófico. El prejuicio dualista no podía retirarse, más que ante una afirmación resuelta de la unidad de la naturaleza, y esta afirmación misma no podía ser sino el coronamiento de una síntesis, más ó menos integral, de los conocimientos ya adquiridos por la ciencia. Sólo dándose á sí mismo el espectáculo de la obra realizada, es como el espíritu humano podía adquirir el valor necesario, para impulsarla más lejos. Si los físicos, los

(1) Levy-Bruhl: *La philosophie d'Auguste Comte*, p. 403.

químicos, los biólogos, son espíritus positivos, es, la mayoría de las veces, porque sus ciencias son desde hace largo tiempo positivas. La práctica familiar del método que en ellas está en uso, el conocimiento de los resultados obtenidos, de las leyes establecidas, basta para formar su educación. Mas para advertir el carácter positivo de una ciencia, que no estaba hecha, para afirmar que un orden de fenómenos está sometido á leyes, antes que éstas fuesen descubiertas, era preciso un filósofo, que trajera su fe positiva de una cultura enciclopédica, fortificándola, por otra parte, mediante un esbozo sumario de la ciencia, pero sin que ésta fuese separable de la filosofía general que hubiera sugerido su idea, y que encontrase en ella su confirmación.

Todavía se implicaban mutuamente sociología y filosofía positiva en otro respecto. La afirmación de la unidad de la naturaleza no bastaba, en efecto, para que los hechos sociales se convirtieran en materia de una ciencia nueva. El monismo materialista también postula que el hombre está en la naturaleza; pero haciendo de la vida humana, sea individual, sea colectiva, un simple epifenómeno de las fuerzas físicas, hace inútil la sociología como la psicología. Desde ese punto de vista, los fenómenos sociales, como las representaciones individuales, están como reabsorbidas en un substracto material, único que implicaría la investigación científica. Para que la sociología pudiera nacer, no bastaba, pues, proclamar la unidad de lo real y del saber: era preciso que esta unidad fuese afirmada por una filosofía, que no desconociese la heterogeneidad natural de las cosas. No era suficiente haber establecido que los hechos sociales están sujetos á leyes: era necesario añadir que tienen sus leyes propias, específicas, comparables á las leyes físicas ó biológicas, pero sin ser inmediatamente reductibles á estas últimas; era además preciso, que para descubrir esas leyes, el espíritu se aplicase directamente al estudio del reino social, considerándole en sí mismo, sin intermediario, sin sustituto de ninguna suerte, dejándole toda su

complejidad. Ahora bien: sabido es que para Comte, las diferentes ciencias fundamentales, son irreductibles las unas á las otras, aunque su conjunto forme un sistema homogéneo. La unidad del método positivo no obsta á su carácter específico. En su virtud, y por el hecho solo de que la sociología era colocada en el rango de las ciencias naturales, su individualidad resultaba asegurada; pero el principio que la garantizaba suponía evidentemente una larga comparación de las ciencias anteriores, de sus métodos y de sus resultados, comparación que no podía ser hecha sino en el curso de una vasta síntesis filosófica, tal como la filosofía positiva.

Nacida en el seno de una filosofía, la sociología, pues, debía, por necesidad, presentar en su nacimiento el carácter distintivo de toda disciplina filosófica, es decir, el gusto por las ojeadas generales y de conjunto, y, por el contrario, cierta indiferencia hacia el detalle de los hechos, y las investigaciones de los especialistas. En su virtud, era natural que se constituyese fuera de las técnicas especiales, como un modo de especulación autónomo, capaz de bastarse á sí propio. Esta actitud, por otra parte, estaba justificada por el estado en que entonces se encontraban las ciencias, por el espíritu de que se hallaban animadas, y que en esos puntos esenciales era radicalmente opuesta á aquel de donde procedía la ciencia nueva. No sin razón, en efecto, censura Comte á la economía política de su tiempo, por no ser una ciencia verdaderamente positiva, de estar impregnada todavía de filosofía metafísica, de entretenerse en discusiones estériles sobre las nociones elementales de valor, de utilidad, de producción; discusiones que recuerdan, dice, «los extraños debates escolásticos de la Edad Media sobre los atributos fundamentales de sus puras entidades metafísicas» (1). Además, el acuerdo general de los economistas «sobre el aislamiento necesario de su pretendida ciencia con respecto al conjunto de la filosofía social», le parecía, con

(1) *Cours de philosoph. pos.*, t. V, p. 215.

razón, constituir «un involuntario reconocimiento, decisivo, aunque indirecto, de la inanidad científica de esta teoría... Porque, por la naturaleza del asunto, en los estudios sociales, como en todos los relativos á los cuerpos vivos, los diversos aspectos generales son, por necesidad, mutuamente solidarios y racionalmente inseparables, hasta el punto de no poder ser claramente explicados sino los unos por los otros» (1). Es, en efecto, cierto que la noción de ley natural, tal como la entendía Comte, era extraña á la ciencia económica. Sin duda, los economistas han hecho un amplio uso de la palabra ley; pero lo tenía en manera alguna en su boca el sentido que tiene en las ciencias de la naturaleza. No indicaba relaciones de hechos, objetivamente observables entre las cosas, sino conexiones puramente lógicas, entre conceptos formados de una manera por completo ideológica. Para el economista se trataba, no de descubrir lo que pasa en la realidad, ni de investigar cómo efectos dados se derivan de causas igualmente dadas, sino de combinar mentalmente nociones enteramente formales, como las de valor, de utilidad, de escasez, de oferta, de demanda, etc. Y la misma censura se podía dirigir á las teorías más en boga sobre el derecho y sobre la moral, á la de Montesquieu, al igual que á la de Kant.

Por esas diversas razones la sociología no podía, pues, tener conciencia de sí propia, más que en un pensamiento de filósofo, lejos de las disciplinas especiales y de su influencia. Aun ese carácter tenía causas harto profundas para que haya podido perder toda razón de ser desde el día en que la ciencia recibía un comienzo de organización. He ahí por qué no debe extrañar el encontrarle en el sucesor inmediato de Comte: en Spencer. Que Spencer haya hecho sociología como filósofo, es cosa por completo evidente, porque se propuso, no estudiar los hechos sociales en sí mismos y por sí mismos, sino mostrar cómo la hipótesis evolucionista se verifica en el reino so-

(1) *Id.*, p. 216.

cial. Mas por eso mismo se ha encontrado en situación de completar ó rectificar en muchos puntos importantes, las concepciones generales de la sociología comtiana. Aunque Comte haya definitivamente integrado las sociedades en la naturaleza, el intelectualismo de que estaba impregnada su doctrina, se armonizaba mal con este axioma fundamental de toda sociología. Si es la evolución científica la que determina la evolución política, económica, moral, estética, la separación es grande entre las explicaciones sociológicas y las que están en uso en las otras ciencias de la naturaleza, y es difícil no recaer en la ideología. Mostrando que, bajo diferentes formas, una misma ley domina el mundo social y el físico, Spencer ha unido más estrechamente las sociedades con el resto del universo: nos ha dado el sentimiento de que, bajo los hechos que se producen en la superficie de la conciencia colectiva, y que traducen las obras del pensamiento reflexivo, hay fuerzas oscuras que no mueven á los hombres en virtud de una simple necesidad lógica, como la que une entre sí las fases sucesivas del desenvolvimiento científico. Por otro lado, Comte no admitía que haya una pluralidad de tipos sociales: no existe, según él, más que una sola sociedad, esto es, la asociación humana en su integridad, y los Estados particulares no representan más que momentos diferentes en la historia de esta única sociedad. La sociología, por tal manera, se encontraba en una situación singular entre todas las ciencias, porque tendría por objeto un ser único en su género. Spencer ha hecho cesar esta anomalía, mostrando que las sociedades, como los organismos, pueden clasificarse en géneros y en especies, y, valga lo que valga la clasificación que ha propuesto, el principio, á lo menos, merecía conservarse y ha sobrevivido. Aunque elaboradas filosóficamente, esas dos reformas constituían, pues, para la ciencia adquisiciones preciosas.

Pero si esta manera de entender y de hacer la sociología, ha sido ciertamente en un momento dado necesaria y útil, esta necesidad y esta utilidad era sólo provisional. Para cons-

tituirse, y hasta para hacer sus progresos primeros, la sociología necesitaba apoyarse en una filosofía; mas para llegar á ser verdaderamente tal, era indispensable que revistiese otro carácter.

## II

Esto es lo que el ejemplo de Comte mismo puede venir á probar; porque en razón de su carácter filosófico, la sociología que ha edificado, ha resultado que no satisfacía en manera alguna las condiciones que él mismo exigía de toda ciencia positiva.

En efecto: de las dos partes que distinguía en esta ciencia, la estática y la dinámica, sólo ha tratado verdaderamente la segunda: era, por lo demás, desde su punto de vista, la más importante, porque si hay, según él, hechos sociales distintos de los fenómenos puramente individuales, es, sobre todo, porque hay una evolución progresiva de la humanidad; es decir, porque la obra de cada generación le sobrevive, y se suma á la de las generaciones que siguen. El progreso es el hecho social por excelencia. Ahora bien: la dinámica social, tal como él la ha expuesto, no presenta en ningún grado «esta continuidad y esta fecundidad», que, según la indicación misma de Comte, constituían «los síntomas menos equívocos de todas las concepciones verdaderamente científicas» (1), porque el propio Comte la consideraba casi terminada por él. En efecto: está toda entera en la ley de los tres estados, y esta ley, una vez descubierta, no sé cómo sería posible completarla, extenderla y, menos aún, qué leyes diferentes podrían descubrirse. La ciencia estaba cerrada, apenas fundada. De hecho, los discípulos de Comte, que se atuvieron estrictamente al contenido de la doctrina, no han podido más que reproducir las proposiciones del maestro, ilustrándolas á veces con ejemplos nue-

(1) *Cours*, IV, 214.

vos, pero sin que esas variantes de pura forma, jamás hayan constituído descubrimientos verdaderos. Así se explica la detención del desenvolvimiento de la escuela propiamente comtiana después de Comte; se han repetido las mismas fórmulas ritualmente, sin que ningún progreso se realizase. Y una ciencia no puede vivir y desenvolverse cuando se reduce á un único problema, sobre el cual imprime sus huellas de tarde en tarde. Para que una ciencia progrese, es preciso que se resuelva en una cantidad progresivamente creciente de cuestiones especiales, para hacer así posible la cooperación de espíritus diferentes y de generaciones sucesivas. Sólo con esta condición tendrá el carácter colectivo é impersonal, sin el cual no hay investigación científica. Ahora bien: la concepción filosófica y unitaria que Comte se formara de la sociología, se oponía á esta división del trabajo. Así su dinámica social no es en el fondo más que una filosofía de la historia, de una profundidad y novedad notables, pero construída según el tipo de las filosofías anteriores. Se trata de percibir la ley que domina «el movimiento necesario y continuo de la humanidad», y único que permitirá introducir en la serie de los acontecimientos históricos la unidad y la continuidad que les faltan. Pero Bossuet no se proponía otra cosa. El método difiere como la solución; pero la investigación es de la misma naturaleza (1).

Y sin embargo, á pesar de lo que tenía de instructivo, el fracaso de semejante tentativa, la sociología ha seguido siendo,

---

(1) *La Statique sociale* consiste en un pequeño número de teorías que, en suma, recuerdan la *Politica* filosófica de los siglos precedentes sobre la familia, la naturaleza del lazo social, la del gobierno. Sin duda, hay allí indicaciones preciosas. No sólo la mayoría de los modos de agrupación, clases, castas, corporaciones, ciudades, etc., no se consideran, sino que el elemento social fundamental, la familia, se concibe, como siempre, semejante á sí propio: la idea de una clasificación de los tipos diversos de organización doméstica, que implica correlaciones diversas entre la familia y las organizaciones más vastas, no aparece en el espíritu de Comte. No hay, pues, allí materia para descubrimientos, y la teoría de la familia está formulada de una vez.

para la mayoría de nuestros contemporáneos, casi lo que era para Comte; es decir, una especulación esencialmente filosófica. Asistimos desde hace veinte años á una eflorescencia de la literatura sociológica. La producción, en otro tiempo intermitente y rara, se ha hecho continua; se han construído sistemas nuevos, y á diario se construyen. Pero siempre, ó casi siempre, se trata de sistemas en los cuales toda la ciencia se reduce, más ó menos abiertamente, á un solo problema. Como en Comte ó en Spencer, se trata de descubrir la ley que domine la evolución social en su conjunto. Para unos, es la ley de la imitación; para otros, la de la adaptación, ó la lucha por la vida, y más especialmente, la lucha de razas; para otros, la acción del medio físico, etc. De cierto, al ver á todos esos trabajadores buscando la ley suprema, la causa que domine todas las causas, «la llave que abra todas las cerraduras» (1), no puede uno menos de acordarse de los alquimistas de otros tiempos, entretenidos en buscar la piedra filosofal (2).

Lejos de haber progresado, ha habido un retroceso. Para Comte, al menos, la sociología era la ciencia integral de todos los hechos sociales; comprendía en sí los múltiples aspectos de la vida colectiva; ninguna categoría de fenómenos quedaba sistemátimente excluída. Si se negaba á ver en la economía política una ciencia sociológica, es porque en su tiempo se la trataba con un espíritu que no tenía nada de científico y desconocia la naturaleza verdadera de la realidad social; pero en manera

(1) La frase es de M. Tarde (*Lois de l'imitation*, p. V), quien la pone bajo la autoridad de un filósofo, que parece ser Taine. Pero sea quien fuere el autor, nos parece poco científica. No creemos que haya ciencia donde llave tal exista. Las cerraduras deben ser abiertas, y hasta forzadas, unas tras otras y laboriosamente.

(2) Esta manera de concebir la sociología es tan inveterada, que á veces se interpretan los trabajos de los sociólogos como si no pudieran ser concebidos de otro modo. De ahí que se nos haya censurado el querer reducirlo todo á la división del trabajo, porque hemos hecho un libro sobre ese asunto, ó de explicarlo todo por la coacción colectiva, siendo así que no veíamos en el carácter coercitivo de las instituciones más que un medio—y quizás no el único—de definir los hechos para determinar el campo del estudio.—(E. D.)

alguna quería poner los hechos económicos fuera de la sociología. Por consiguiente, quedaba abierto el camino para una división ulterior del trabajo, para una especialización creciente de los problemas, á medida que el dominio de la ciencia se extendiese, y que se conociera mejor su complejidad. Por el contrario, entre los sociólogos más recientes, se ha ido afirmando poco á poco la idea de que la sociología es distinta de las ciencias sociales; que hay una ciencia social general que se opone á esas disciplinas particulares, que tiene su objeto propio, su método especial, y á la cual se le reserva el nombre de sociología. Partiendo del hecho de que las ciencias sociales se han constituído fuera de las grandes síntesis filosóficas, á propósito de las cuales se ha creado la palabra *sociología*, se ha estimado que debe haber ahí dos clases de investigaciones perfectamente diferentes, y se ha tratado de diferenciarlas. Mientras cada ciencia social se refiere á una categoría dada de fenómenos sociales, la sociología, se ha dicho, tiene por objeto la vida colectiva general, y á este título de ciencia social *general* es como constituye una individualidad distinta.

Mas para poder expresar y discutir con alguna precisión las diferentes tentativas que han sido hechas en ese sentido, es necesario distinguir dos sentidos diferentes, según los cuales esa palabra *general* ha sido tomada por los autores.

***

En el primer sentido, la sociología se llama *general*, porque considera en toda su complejidad la realidad social que las ciencias particulares dividen y descomponen por abstracción; es la ciencia cóncreta, sintética, mientras que las otras son analíticas y abstractas. Hablando el lenguaje de los lógicos, la palabra *general* se toma aquí como comprensión; significa que el objeto de la investigación se considera con todos los caracteres que le pertenecen y todos los elementos que lo constituyen. Así es como, para Stuart Mill, la ciencia social gene-

ral ó sociológica, propiamente dicha, tendría por objeto los «estados de sociedad», tal como se suceden en la historia de los pueblos. Entiende por esa palabra, «el estado, en un momento dado, de todos los hechos ó fenómenos sociales más importantes» (1); da como ejemplos el grado de instrucción y de cultura moral en la comunidad y en cada clase, el estado de la industria, el de la riqueza y de la distribución, las ocupaciones ordinarias de la nación, su división en clases, la naturaleza y la fuerza de las creencias comunes, la naturaleza misma del gusto, la forma de gobierno, las leyes y costumbres más importantes, etc. El conjunto de esos elementos es el que forma el estado de sociedad, ó para servirnos de otra expresión que Mill emplea también, el estado de civilización.

Mill, en efecto, asienta que esos elementos no pueden combinarse de una manera cualquiera, sino que existen entre ellos correlaciones naturales, en virtud de las cuales no pueden asociarse sino según una relación dada. La sociología tendrá que tratar dos especies de problemas: ó determinará cuáles son esas correlaciones, es decir, cuáles son las uniformidades de existencia de un mismo estado de sociedad, ó investigará cómo los estados sucesivos se encadenan y cuál es la ley de este encadenamiento. Muy otro será el objeto de las ciencias sociales particulares. Tomarán como punto de partida lo que es el punto de llegada de la sociología; dado un estado de sociedad, deberán investigar qué cambios puede introducir en él, este ó aquel factor determinado; se preguntarán, por ejemplo, qué efecto tendría la supresión de la ley sobre los cereales (economía política) ó la abolición de la Monarquía y la introducción del sufragio universal (ciencia política) sobre un conjunto dado de condiciones sociales. Desde este punto de vista, la sociología es tan independiente de las ciencias sociales, que tiene sobre éstas una verdadera preeminencia; porque ella es

(1) *Lógica*, I, VI, c. x, § 52. La distinción de los dos sentidos de la palabra *general*, ha sido bien hecha por M. Belot en su introducción al libro VI de la *Lógica* (1897), p. LXXV, trad. franc.

la que les procura sus postulados fundamentales, á saber: esos estados de sociedad que sirven de base á las deducciones de los especialistas. A ella, dice Mill, «corresponde limitar y contrastar las conclusiones de las investigaciones más especiales de la otra categoría» (1).

No nos detendremos á hacer ver lo que esta concepción de las ciencias especiales tiene de insostenible. Manifiestamente, Mill se las representa según el modelo de aquella economía política abstracta y deductiva, que Comte no había querido colocar entre las ciencias positivas. ¿Cómo, en efecto, dar ese nombre á una investigación que no tiene por objeto un grupo de hechos adquiridos, dados en lo real, sino que tan sólo se ocupa de deducir, de causas conjeturales, efectos simplemente posibles? Por lo que á la sociología, propiamente dicha, se refiere, la definición que de ella da Mill resiste á esta objeción: los estados de sociedad de que debe tratar forman parte de lo real. Sólo que están formados por un conjunto de fenómenos tan diversos, que es imposible que una sola ciencia pueda dominar una materia de una diversidad tal. En efecto: en un estado de sociedad, entran como elementos el sistema religioso, el jurídico, el moral, el económico, el técnico, el científico, etc., de una sociedad en una época dada. Y cada sistema de esos, á su vez, es un todo complejo de instituciones muy complejas en sí. El religioso, por ejemplo, comprende una multitud de dogmas, de mitos, de ritos, una organización sacerdotal, etc.; el sistema jurídico, comprende los códigos más ó menos numerosos y voluminosos, las costumbres, una organización judicial, etc. Un todo tan heterogéneo no podrá, pues, ser estudiado en junto, como si estuviera dotado de una unidad objetiva. Se trata de un mundo infinito, del cual no se puede tener sino una representación truncada, cuando se quiera abrazarle de una vez y en su conjunto; porque es preciso para eso resignarse á percibirlo en general y sumariamente, es decir, con-

(1) Ibid, cap. X, § 1.º

fuso. Es, pues, necesario que cada parte sea estudiada por separado; cada una de ellas es bastante vasta para servir de materia á toda una ciencia. Y así esta ciencia, general y única, á la cual se queria dar el nombre de sociología, se resolvió en una multitud de ramas distintas, aunque solidarias; y las relaciones que unen entre sí los elementos así descompuestos, las acciones y las reacciones que ejercen unas sobre otras, no pueden ser determinadas sino con el auxilio de investigaciones que, por estar situadas en los confines de dos ó varios dominios, no por eso son menos especiales. Por ejemplo, á los sabios que tratan de economía política ó de religión, es á quienes corresponde, y sólo á ellos, investigar las relaciones de los fenómenos religiosos y económicos.

Pero lo que aun es más incomprensible quizá, es que se pretenda explicar esos estados de sociedad, estableciendo entre ellos un orden de filiación. Porque un estado de sociedad no es una especie de entidad invisible que engendra el estado que sigue, como él ha sido engendrado por el precedente. Cada sistema y hasta cada institución de las que lo forman, tiene su individualidad y depende de condiciones especiales. No es el todo quien produce el todo, sino que cada parte tiene su génesis propia que puede ser establecida por separado. Así, para mantener la unidad de la investigación, Mill se vió obligado á admitir, como Comte, que en cada estado de sociedad hay un elemento, siempre el mismo, que domina todos los demás y que constituye el agente principal del movimiento social, «una cadena madre, de cada uno de cuyos anillos estarían suspendidos los anillos correspondientes de todos los demás progresos». Este elemento privilegiado sería «el estado de las facultades especulativas de la raza humana, manifestado en la naturaleza de las creencias á las cuales ha llegado respecto de sí y del mundo que le rodea» (1).

---

(1) *Logique*, libro 6.º, cap. 10, § 7.º

El problema inextricable que se había puesto al sociólogo resulta así singularmente simplificado: á la evolución de los estados de sociedad, tomados en toda su complejidad, sustituye la sola evolución de la religión y de la filosofía. Pero no hace falta demostrar lo que semejante postulado tiene de arbitrario. Nada nos autoriza á suponer que haya un fenómeno social, que goce de tal prerrogativa con respecto á los otros: aun suponiendo que en cada tipo social haya un sistema de opiniones ó de prácticas, y que verdaderamente tenga un papel un tanto preponderante, no está probado que sea siempre el mismo, en todos los tiempos y en todos los países. El influjo de las prácticas religiosas era antes mucho más señalado que el de las ideas; el influjo del fenómeno económico ha variado en sentido inverso. Las condiciones de la vida social han cambiado demasiado en el curso de la historia, para que las mismas instituciones hayan podido siempre, y en todas partes, tener la misma importancia. Así es como, en la serie zoológica, la función preeminente cambia según las especies, y cuenta que en esta palabra *preeminencia* no hay sino una acepción vaga y un tanto figurada.

*
* *

Mas la palabra *general* se toma en un sentido muy diferente, y casi contrario, por muchos sociólogos que llaman ciencia social general ó sociología, la ciencia social más abstracta de todas, la que, llevando más allá el análisis, se aleja más de la realidad compleja, y se da por objeto las relaciones sociales más simples, aquellas de las cuales todas las demás no serían sino modalidades ó combinaciones. Podrá decirse que la palabra es empleada aquí por extensión: es decir, que por *general* se entiende lo que es bastante indeterminado, para darse en todos los casos particulares. Así es como Giddings ha definido la sociología. Reconoce sin esfuerzo, que los diversos lados de la vida social están ya estudiados en las diferentes ciencias

económicas, históricas, políticas. Pero según él, esa no es la cuestión del sociólogo. «La sociedad, ¿es un todo? La actividad social, ¿es continua? ¿Hay ciertos hechos esenciales, ciertas causas, ciertas leyes que se encuentran en las comunidades de toda especie, de todos los tiempos, en las cuales las formas sociales más especiales se apoyan y por las cuales se manifiestan? Si estamos autorizados para responder afirmativamente, síguese de ahí que esas verdades universales deben ser enseñadas» (1).

Establecerlas y enseñarlas, tal sería el objeto de la sociología. Por ejemplo: la economía política se pregunta cómo las riquezas se producen en la sociedad, cómo circulan en ella; la ciencia política estudia el estado orgánico de la sociedad, luego que se ha convertido en Estado constituído. Pero una y otra ciencia descansan en un hecho que ellas postulan sin estudiarlo: que hay sociedades, esto es, que «los humanos se asocian». Ese hecho es el que serviría de materia á la sociología. Tendría ésta, pues, que investigar en qué consiste la asociación humana en general, abstracción hecha de las formas especiales que pueda revestir, cuáles son los factores de que dependen sus principales caracteres, los elementos mentales á que da nacimiento. En una palabra: será la ciencia «de los principios generales»; y consistirá «en un análisis de las características generales de los fenómenos sociales y en la determinación de las leyes generales de la evolución social» (2).

Cierto, si se quiere decir tan sólo que, una vez habiendo avanzado bastante las ciencias sociales, sería ocasión de aproximar unos á otros los resultados obtenidos en cada una de ellas, á fin de señalar las relaciones más generales que entrañan; el problema así planteado no tendría nada de insoluble. Sólo que la sociología así definida no se diferenciaría por su naturaleza de las ciencias sociales, tendría el mismo dominio,

(1) *The Princip. of sociol.*, p. 32 (hay traducción española de este libro).—N. del T.
(2) Idem, p. 33.

salvo que lo abrazaría desde más alto, y en su conjunto. Lejos de constituir una ciencia autónoma, por el contrario, estaría bajo la dependencia más inmediata de esas diversas disciplinas de las cuales debería tomar todos sus materiales, y no podría progresar más que en la medida en que ellos mismos progresan. No habría, pues, ninguna razón para hacer de ella ninguna entidad científica distinta, designada con un vocablo especial. Pero no es así, por completo, como M. Giddings y con él muchos sociólogos actuales, entienden esta ciencia general de las sociedades. No podrían, por otra parte, sin verse obligados á reconocer al mismo tiempo que la hora de la sociología está lejos aún; porque esas altas generalizaciones no serán posibles, sino cuando los estudios especiales estén más avanzados que hoy lo están. Mas para ellos, esta ciencia sintética, lejos de ir á remolque de las ciencias particulares, ejercería por el contrario sobre estas últimas una verdadera «primacía lógica»; en lugar de ser la conclusión última, proporcionaría las bases fundamentales. «Lejos de ser no más que la suma de las ciencias sociales, es más bien la base común de ellas. Sus principios, que son de una gran extensión, son los postulados de las ciencias especiales» (1). La economía política, la ciencia del Estado, etc., son las que necesitarán apoyarse sobre otra ciencia; porque el estudio de las formas más complejas de la vida social, no puede ser útilmente emprendido más que si ya se tiene una noción suficiente de las formas más elemenles. Ahora bien: la sociología, se dice, es la que trata de estas últimas. Puede, pues, y debe bastarse á sí propia. Las demás ciencias sociales la suponen, pero no suponen ninguna antes que ella. Por ella es por donde deben comenzar la investigación y la enseñanza (2).

Desgraciadamente, esas formas elementales no existen en

(1) Idem, p. 33.
(2) Giddings llegó á decir que las ciencias sociales se diferencian de la sociología como ésta de la psicología, como la psicología de la biología. (Idem, págs. 25-26).

parte alguna en un estado de aislamiento, ni aun relativo, que permita su observación directa. No deben, en efecto, confundirse con las formas primitivas. Las sociedades más rudimentarias son también complejas, aunque de una complejidad confusa: contienen en sí perdidos unos en otros, y no obstante reales, todos los elementos que se diferencian y se desenvuelven en la evolución. Son sociedades muy especiales; constituyen tipos particulares, y por otra parte es lo cierto que ni M. Giddings, ni los demás sociólogos que le han precedido ó seguido, no han querido limitar su investigación á esas sociedades tan sólo, ni reducir la sociología, á no ser más que una etnografía comparada. Esas formas que llama elementales, son, como se ha visto, las formas más generales; ambas expresiones se emplean indiferentemente. Ahora, trátese de fenómenos sociales ó de fenómenos físicos, lo general no existe más que en lo particular. Lo que se llama la asociación humana, no es una sociedad determinada, sino el conjunto de los caracteres que se encuentran en todas las sociedades; esos caracteres no se presentan, pues, jamás al observador, sino inextricablemente mezclados con los caracteres distintivos de los diversos tipos sociales, y de las diferentes individualidades colectivas. Como por otra parte, para separar los primeros de los segundos, se prescinde del método que consistiría en constituir primero los tipos particulares, y luego inferir, por vía de comparación, lo que tienen de común, falta un criterio para realizar esta disociación, y no puede procederse sino según el juicio y las impresiones completamente personales. Se reservan ciertos hechos, se excluyen tales otros, porque los primeros *parecen* esenciales y los segundos *parecen* secundarios, pero sin que pueda darse de esas preferencias ó de esas exclusiones, ninguna razón objetiva. Así, cuando M. Giddings emprende el análisis de esos elementos primarios y generales, comienza por sentar, como un axioma evidente, «que están todos contenidos en la base física de la sociedad, la población social» (1). Es muy cierto que la pobla-

(1) *Id.*, p. 79.

ción es un elemento esencial de toda sociedad. Pero, primeramente, hay una ciencia especial que estudia las leyes de la población; es la demografía, ó de un modo más especial, la que Mayr llama la demología. El sociólogo, para distinguirse del demógrafo, ¿deberá colocarse en un punto de vista particular? ¿Estará sin duda, obligado á estudiar la población, haciendo abstracción de las formas diversas que presenta según las sociedades? Pero entonces no hay gran cosa que decir. Y así M. Giddings se ve obligado á salir de esas extremas generalidades: habla de la distribución de la población en las diferentes sociedades (no civilizadas, semicivilizadas, civilizadas, páginas 82 87), de las diferentes especies de agrupaciones (genéticas, congregativas, p. 89), etc. ¿Dónde detenerse en este camino, y dónde encontrar el límite entre lo que toca al sociólogo y lo que corresponde á las demás ciencias? En el cap. 3.º del lib. 2.º, bajo el epígrafe *Composición social*, se habla de los grupos poliándricos y poligámicos, de las tribus matronímicas y patronímicas, de las sociedades de base de aldeas; ese desenvolvimiento contiene toda una teoría sobre los orígenes de la familia. El objeto así asignado á la sociología queda, pues, esencialmente indeterminado; el sociólogo mismo es quien lo determina, de una manera arbitraria, según la extensión de sus conocimientos, y sus gustos personales. Hay más: determinándolo así, está obligado á andar por los dominios de las ciencias especiales, sin lo cual le faltaría por entero la materia. Las cuestiones que trata no difieren por su naturaleza de las que tratan los especialistas; únicamente como no puede tener una competencia universal, está condenado á las generalidades, sin precisión, inciertas, ó hasta por completo inexactas. Y cuenta que el tratado de M. Giddings es uno de los mejores, quizá hasta el mejor de su género. El autor se esfuerza en él, por lo menos, por circunscribir su asunto, y estudia un número limitado de elementos. Sería aun más difícil decir en qué consiste, para MM. Tarde, Gumplowicz, Ward, y muchos otros, el objeto preciso de la sociología, y cómo esta cien-

cia, que, sin embargo, de hecho se distingue de las otras ciencias, se coloca con respecto á estas últimas. Aquí la indeterminación se ha erigido en principio. No se trata, pues, de ciencia. No se trata ya tampoco de aquella filosofía metódica que Comte había intentado constituir; es un modo muy particular de especulación intermedio entre la filosofía y la literatura, donde algunas ideas teóricas, muy generales, se pasean á través de todos los problemas posibles.

No es, por tanto, oponiendo la palabra *general* á la *especial*, como se podrá establecer jamás, una línea de demarcación claramente determinada entre la sociología y las ciencias particulares de la sociedad. Podríamos, pues, considerar esta distinción como imposible, si no se hubiera realizado recientemente un ensayo para efectuarla, según un principio, en apariencia diferente, en Alemania, por M. Simmel.

***

Según este escritor, lo que diferencia esas dos especies de investigaciones, es que las ciencias especiales estudian lo que pasa en la sociedad, no la sociedad misma. Los fenómenos de que tratan (religiosos, morales, jurídicos, etc.), se producen en el seno de los grupos; pero los grupos, en el seno de los cuales se verifican, deben ser el objeto de otra investigación, independiente de las anteriores, y que es la sociología. Los hombres que viven en sociedad persiguen, al abrigo de la sociedad que forman, toda clase de fines variados: los unos, religiosos; los otros, económicos; los otros, estéticos, etc., y las ciencias particulares tienen precisamente por materia los *processus* especiales, en virtud de los cuales esos fines se logran. Pero esos *processus* no son sociales por sí mismos, ó, por lo menos, no tienen ese carácter, sino indirectamente, y porque se desarrollan en un medio que es propiamente colectivo. Las ciencias correspondientes no son, pues, verdaderamente sociológicas. O de otro modo, en ese *complexus* que se llama sociedad, hay dos clases de elementos, que pueden ser distinguidos con el

mayor cuidado; hay el contenido, es decir, los fenómenos diversos, que pasan entre los individuos asociados; y luego hay el continente, es decir, la asociación misma en el interior, de la cual se observan esos fenómenos. La asociación es la única cosa expresamente social, y la sociología es la ciencia de la asociación *in abstracto*. «La sociología debe buscar sus problemas, no en la materia de la vida social, sino en su forma... Sobre esta consideración abstracta de las formas sociales es sobre lo que descansa todo el derecho á la existencia de la sociología; del propio modo, la geometría debe su existencia á la posibilidad de abstraer, de las cosas materiales, sus formas especiales.»

Mas ¿por qué medios realizar esta abstracción? Si toda asociación humana se forma en vista de fines particulares, ¿cómo aislar la asociación misma de los fines variados, á los cuales sirve, hasta determinar sus leyes? «Aproximando las asociaciones destinadas á los fines más diferentes é infiriendo lo que tienen de común. De esta manera, todas las diferencias que presentan los fines alrededor de los cuales las sociedades se constituyen, se neutralizan mutuamente, y la forma social será lo único que resalte. Así es como un fenómeno, cual es el de la formación de los partidos, se advierte tanto en el mundo artístico, como en los medios políticos, en la industria, al igual que en la religión. Si, pues, se investiga lo que se encuentra en todos esos casos, á pesar de la diversidad de los fines y de los intereses, se obtendrán las especies y las leyes de ese modo particular de agrupación. El mismo método permitirá estudiar la dominación y la subordinación, la formación de las jerarquías, la división del trabajo, la concurrencia» (1).

(1) *Comment les formes sociales se maintiennent*, en *l' Année Sociologique*, I, p. 72. V. del mismo autor, *Uber sociale Differenzierung*; Leipzig, 1890, p. 20, y *Le probleme de la sociologie*, en la *Revue de Metaphysique*, II, p. 497.

*(Concluirá.)*

E. Durkheim y P. Fauconnet.

# ESTUDIOS SOCIALES

## LAS AGENCIAS DE COLOCACION EN FRANCIA (*)

### II

En mi anterior artículo acerca de esta materia hacía la siguiente pregunta: «¿Admitirá el Senado (francés), el acuerdo de la Cámara, ó insistirá en defender la libertad de trabajo y la coexistencia de las agencias gratuitas y las retribuídas?»

Al mismo tiempo que se publicaba el número de la REVISTA, se repartía á los Senadores el informe de M. Aucoin, resumiendo los trabajos de la Comisión, ante la cual se plantearon estas cuestiones: ¿Deben ser mantenidas las agencias de colocación? ¿La supresión debe tener lugar con ó sin indemnización? ¿Debe ser obligatoria ó facultativa? Cuestiones que resolvió en contra la primera, por 2 votos contra 7, á favor de la indemnización, y de la supresión facultativa las dos últimas, determinando estas votaciones que el dictamen fuese favorable á la facultad (no obligación) dejada á los Municipios para suprimir las agencias establecidas en su territorio, á la indemnización y á la reglamentación de la comisión debida por los colocados á los colocadores, proporcionalmente á la duración del empleo procurado.

Con esta solución, contraria á la de la Cámara, se planteó

(*) Véase la pág. 425 del tomo 108 de esta REVISTA.

nuevamente el problema en el Senado. Al votarla—decía Aucoin—no se ha creido poner fin á la lucha peligrosa del capital y el trabajo ni á la agitación, que proviene más de ser mayor el número de trabajadores en París que el de empleos, que de los abusos imputados á las agencias, cuya prueba no se ha presentado...; pero hay la convicción de que, á pesar de las críticas que se le podrán hacer, realizará un progreso real librando el salario de los obreros de todo censo y asegurando el desenvolvimiento de las oficinas gratuitas.

En contra de las ideas de la Comisión, defendidas en la sesión del 19 de Enero por el Ponente, M. Paul Strauss, M. Laterrade y M. Trouillot, Ministro de Comercio, argumentaron á favor del Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, indicando el primero que el malestar denunciado no era artificial, que el Senado debía hacer desaparecer organismos que se oponen al desenvolvimiento pacífico de las relaciones de capital y trabajo, contribuyendo á la cesación artificial de éste y manifestando el último que daba su adhesión al contra-proyecto presentado por M. Félix Martín, sosteniendo: la supresión obligatoria con indemnización, que el Prefecto de policía ha declarado que los cargos hechos contra las agencias eran fundados, y que sólo el día en que desaparecieran las agencias retribuídas podrían funcionar útilmente las oficinas gratuitas.

196 votos contra 85, desecharon el contra-proyecto, mostrando esta votación cómo el Senado insistía una vez más en no dejarse llevar por los impugnadores de las agencias de pago.

Puesto á discusión el art. 1.º del dictamen de la Comisión (supresión facultativa mediante justa indemnización) M. Prevet, que como ya indiqué defendía la libertad en 1899 y 1902, insistió en que se mantuviesen los acuerdos que en las anteriores ocasiones había adoptado dicho Cuerpo Colegislador, logrando que fuese su propuesta tomada en consideración y que sólo en segunda votación fuese desestimada por 136 votos contra 126, obteniendo éxito al presentar una

enmienda al segundo párrafo del mismo artículo, en el sentido de que fuese facultativo en los Municipios conceder ó no nuevas autorizaciones; enmienda aprobada por 14 votos de mayoría, y en vista de la que, se redactó de nuevo el párrafo aprobándose en esta forma: «Toda agencia creada en virtud de autorización posterior á la promulgación de la ley, no tendrá derecho en caso de supresión á ser indemnizada».

El Senado, modificando esencialmente no sólo el Proyecto aprobado por la Cámara, sino el presentado por la Comisión de su seno, hasta tal punto que dió lugar á la dimisión del Ponente Aucoin, ha adoptado un criterio que paréceme ha de ser combatido al no resolver el problema planteado en Francia por la oposición de los Sindicatos obreros á las agencias de colocación retribuídas.

Tres soluciones se han propuesto—decía M. Prevet—: ó el sistema de libertad para el establecimiento de oficinas de colocación, ó la negación de ella á los particulares, ó el que la Comisión adoptó; sistema que calificaba de detestable. Realmente dicho Senador tenía razón al combatirlo, porque una de dos, ó se cree que los abusos denunciados son exactos é inherentes al funcionamiento de las agencias privadas, de tal suerte que es insuficiente remedio la reglamentación, ó se consideran injustificados los cargos. Si lo primero, la consecuencia es la supresión de las agencias existentes y la no autorización en lo porvenir. Si lo segundo, debe seguirse el criterio de libertad y no oponer obstáculos al establecimiento, limitándose el Gobierno á la reglamentación.

El problema, como Paul Pic ha sostenido, se ha planteado para que se eligiera entre la supresión legislativa de las oficinas retribuídas, poniendo fin á una efervescencia peligrosa para el orden público y la consolidación legal de esta industria; y el Senado no ha ido por ninguno de estos caminos, quiso seguir la tendencia hacia la supresión, pero no se ha atrevido á llegar á la legislativa, dejando que fuesen los Municipios los que la acordasen. Solicitado por la libertad de industria, sin

decidirse por ella, admite que sea facultativo también conceder nuevas autorizaciones; y apenas adoptado este acuerdo, vuelve sobre sus pasos negando derecho á indemnización á las agencias creadas con posterioridad á la promulgación de la ley, caso de ser suprimidas.

¿Puede ser solución la adoptada? (1). Creo que no: si el problema se resolviese y la agitación cesara, sería por otros motivos que el de la eficacia de esas medidas. Si el decreto de 13 de Marzo de 1852, prescribió que no se podrían abrir agencias sin permiso de la autoridad municipal, y que la autorización se retiraría si se contravenian las decisiones del Municipio, á éste, por ese decreto se le hizo árbitro de que existiesen ó no las agencias, y por ello, con anterioridad á la ocasión presente, se había discutido si el dueño de la agencia ejercía su profesión al amparo de la ley de 1791, defensora de la libertad de trabajo, ó la ejercía merced á la tolerancia administrativa, creyéndose que la autorización municipal era lo esencial, pudiendo negarse ó retirarla una vez concedida en ciertos casos.

No hay solución, pues si los Municipios pueden suprimir y pueden conceder nuevas autorizaciones, la situación no varía notablemente, y lo único que resulta es que en lugar de ser las Cámaras las que, mediante una ley, adoptasen acuerdos en uno ú otro sentido, ha optado el Senado por descentralizar la solución, y que cada Municipio adopte la que mejor le parezca.

Ni siquiera se deja que sea realmente facultativa la supresión por los Municipios, pues el art. 11 del proyecto, que consignaba el auxilio del Estado y los departamentos en el aspecto económico de la supresión, ha sido suprimido, merced á la enmienda de M. Sal, para que «ya que la ley discutida—según decía—venía de abajo, no se dejase arrastrar el Parlamento»,

(1) La Comisión del Trabajo de la Cámara de Diputados, ha decidido votar, por espíritu de conciliación, lo aprobado por el Senado, pero se ha reservado el derecho de adoptar nuevamente el texto que ella propuso, si por la aceptación de alguna enmienda, hubiera de volver nuevamente el proyecto á la otra Cámara.

y los Municipios, con sus propios recursos, fuesen los que abonasen en su caso las indemnizaciones. El senador Poirrier combatió la enmienda, fundándose en el interés general que la ley representaba; pero el Senado votó la propuesta de Sal, resultando que en definitiva el Senado se ha limitado á resolver que si se suprimían agencias fuesen indemnizadas; principio lógico, pero que no era el punto principal que había que debatir.

***

Lo principal era resolver si la industria de referencia es ó no lícita, y hay ó no deber social de procurar trabajo al que no lo tiene.

Conocido el pensamiento de los legisladores franceses, bueno será conocer el de los hombres de ciencia; tarea fácil de realizar, ya que al propio tiempo se imprimían el artículo anterior y una información acerca del asunto en la *Revue populaire d' Economie sociale*, de París, en la que las firmas de Passy, Cauwés, Vaillant, Molinari, Gide, Pic, Berry y Normand, garantizan la importancia del trabajo en que son diversas las opiniones emitidas.

«Nadie debe impedir que ciudadanos declarados libres por la Constitución vayan donde quieran y traten sus asuntos como les convenga», ha contestado Federico Passy. No deben ser suprimidas las agencias; lo que debe hacerse es que se regulen por el derecho común, dice Molinari. No puede justificarse por título alguno la colocación privada y retribuída, escribe Vaillant. Las agencias de colocación no deben ser objeto de industria libre, ni aun reglamentada, dados los graves abusos inherentes á su funcionamiento, opina Cauwés. Pic hace suyas las palabras de Millerand, considerando esta industria como socialmente mala por obtener sus beneficios sobre los recursos de los desgraciados, y por crecer tales beneficios en razón directa de la intensidad de la carencia de trabajo.

No es de extrañar tal divergencia de pareceres, pues los argumentos expuestos en las Cámaras han sido repetición de lo que en estudios económico-sociales habían desarrollado los escritores, y son consecuencia lógica de la significación que cada cual da al denominado derecho al trabajo y á las palabras de la declaración de los derechos del hombre: «Es un deber para la sociedad procurar gratuitamente trabajo á los que se hallan faltos de él.» Y así, junto á las afirmaciones anteriormente transcritas, pueden leerse la de Vaillant, reclamando con la clase obrera y para ella el derecho de vivir, y por consecuencia el de trabajar, que sólo cree tendrán entera realidad con la emancipación obrera del yugo capitalista; la de Normand, sosteniendo que el derecho de trabajar es el derecho de vivir, y el derecho de vivir no puede ser producto explotable y negociable, y por ende la colocación del obrero debe ser ante todo una obra gratuita de asistencia social; la de Gide, creyendo en el deber social de procurar empleos, y la de Cauwés, tratando de un deber general de asistencia, al hablar del derecho al trabajo.

No se llegó á una solución unánimemente admitida, por no haberse llegado á ella en lo fundamental; porque todavía no hay conformidad en el papel que corresponde á los sindicatos, y en el que corresponde á los organismos oficiales; porque no la hay en cuanto á la forma en que deba prestarse la asistencia social; porque hay muchos que temen al monopolio sindical, creyendo que es conceder al sindicato «derecho de vida y muerte sobre todos los asalariados»; porque no existe entre la organización profesional obrera y la patronal la debida inteligencia para que su acción pudiera ser duradera y útil; porque hay quien teme, no sin razón, como Pic, que suprimidas las agencias de pago sin haber aclimatado la colocación gratuita por modo debido, existirían clandestinamente, á pesar de las prohibiciones legales, oficinas más perjudiciales para el obrero que las que se trata de suprimir.

La existencia de los abusos no puede ser desconocida. No

es sólo en Francia; es en los Estados Unidos también donde las *intelligence agencies* son consideradas como una calamidad, teniendo frente á ellas las *employment bureaus;* es en la República norteamericana donde se han hecho públicos informes de Comisarios del Trabajo, como el de Missouri, que indica son oficinas sin rival para la práctica de abusos de confianza, y como el de Maryland, que las califica de calamidad para los que se ven obligados de acudir á ellas, sin que las ventajas que procuran compensen el mal que causan.

El problema de las oficinas de colocación no se soluciona con decidir si se suprimen las de pago. Aun adoptado este criterio, queda por resolver la lucha entre la organización sindical del servicio de colocación y la municipal, entre la primera y la debida á las sociedades de mutualidad, pues ya se ha lanzado la especie de que sólo los sindicatos presentan suficientes garantías para organizar lealmente la colocación, y que las demás formas híbridas, á las que en el proyecto Chambon se confiere el derecho de organizar el servicio, no harían sino perpetuar el sistema de explotación.

Y decidida la organización del servicio público, hay precisión de regular con gran cuidado su funcionamiento, muy especialmente en circunstancias en que una huelga ó un *lock-out* exijan de la oficina una neutralidad que garantice los derechos de los interesados en el conflicto.

José Gascón Marín.
Catedrático de la Universidad de Sevilla.

# LA ESCUELA ITALIANA

## EN ORDEN Á LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Comencemos por no mostrar extrañeza por cuando que al fijar nuestra atención en un punto, en un tema, en un aspecto, cualquiera que él sea, de la ciencia penal, volvamos á Italia nuestros ojos. Ella representó siempre el movimiento y el adelanto jurídico; ella lo personifica hoy, con mayor razón que nunca, y sin que le dispute nadie; desde el momento que invoca su nobilísimo abolengo y afirma y arraiga con su genial esfuerzo la prestigiosa hegemonía que le hace por títulos tantos acreedora á la más sentida admiración y á la más cordial simpatía. No olvidemos que italiano era el insigne Beccaria, heraldo glorioso de la reforma y de la legislación penal; que Rossi, á quien cupo el honor de educar esa pléyade ilustre de criminalistas célebres, que tan brillantemente representó Pacheco en el renacimiento literario de España, era de origen italiano; y finalmente, que el clásico Carrara, apóstol de la escuela tradicionalista y neoclásica italiana, fué, y á él siguieron los más conspícuos profesores de las Universidades; y mantenedor brillante de sus teorías en nuestro suelo lo ha sido el profundo y castizo Groizard.

Ahora bien: partiendo de esta base inicial en orden de la investigación científica, fijémonos en que el Código penal italiano de 1889, reputado, no sólo por la laboriosa gestación en que hubo de formarse, sí que también por el cúmulo de datos é informes, autorizados todos, y fuentes de conocimiento consul-

tadas para su formación, como la última palabra de la materia, adoptó el plan mismo (no sin esenciales variantes que no hacen al caso), la estructura y la razón propia de nuestro Código de 1870.

El cuerpo legal, el imperativo categórico de la ley, constitúyese de antemano; es juez que adivina y presiente, agotando la fuerza poderosísima de la más sabia previsión; los casos todos, los más variados supuestos que darse pueden en el hombre, como formas y modos de delinquir, truécalos, como dice muy bien Saleilles, la ley penal, en simple catálogo de soluciones individuales; el juzgador no tiene que hacer otra cosa, cualesquiera que sea el hecho criminoso y el agente inculpado, que abrir el Código para hallar la sanción reservada al caso, ya previamente reseñado y descrito.

¿Quién no halla á primera vista el sistema, si racional en líneas generales, á fuerza de casuístico y ciego, equivocado y vano? La ley ha podido acotar en su prontuario criminal mil y variadísimos hechos que califica y pena como delitos, y trazar, como jalones de sanción, para aquellos otros que, esfumados en su pensamiento y perdiéndose en las brumosas lejanías de los horizontes de su previsión, no alcanzaran á ser debidamente determinados; ¿pero quién duda que si eso es hacedero hasta cierto punto, tratándose de la materia punible, es irrisorio pretender hallarlo, ni aun remotamente, respecto á la sanción aplicable y adecuada al hombre delincuente? ¿Y cómo ha de ser, dados los fines de la pena y cualquiera que se repute en sus fundamentos, en atención á las diversas escuelas reinantes, la que el Código señale, la justa y apropiada precisamente al sujeto activo del delito?

Convengamos en que sólo con enunciarlo, el problema se ofrece insoluble y pavoroso. Y cuenta que la dificultad surge, cualesquier que sea el punto de vista que como de partida y fundamento para la represión se tome: ora en razón de lo que estimarse pueda causa eficiente ó concausa del delito (ya que dentro de la propia escuela italiana bríndanse matices para

todos los gustos), estimando la delincuencia como un producto natural, como el resultado de obligados factores que no dejan espacio ni desembarazado lugar á la idea de libertad; califíquense, con Lombroso, de factores antropológicos; ó con Ferri, de especialmente sociológicos; que el crimen se deriva y emana de condiciones atávicas, ó híbrido y anormal fruto es de elementos sociales, tales como la influencia del medio, las condiciones económicas de la vida, ó acaso más todavía, del fatal contraste entre el lujo deslumbrador y la creciente y aterradora miseria; de la corrupción misma, que en entender de Tarde, se produce y se refleja como los rayos de un prisma en el foco radiante de imitación cosmográfica, es lo cierto que nunca nos dará, frente al sujeto delincuente, norma segura y, entiéndase bien, preestablecida, de graduación de pena.

Y si nos apartamos de los prodomos, de las iniciaciones reveladoras del juicio criminal, si queremos individualizar la pena *à posteriori*, á lo que más parece tender nuestro actual sistema represivo, buscando en el régimen penitenciario, en soñada equidad, ese anhelado principio de proporcionalidad entre la sanción y el mal del delito y la temibilidad del delincuente, convengamos en que tampoco se obtiene ni consigue, ya por error de aplicación, ya por deficiencias del propio sistema carcelario, ya en fin, porque, ni espaciándose el espíritu en los aventurados ideales de Walter Crofton y de Laveille, habrá de llegarse á la garantía de acierto que ofrece al juzgador el estudio singularísimo del juicio. A nuestro humilde entender, ese es el momento propicio de descubrir la incógnita: la adaptación individual de la pena. En la solemnidad de los debates, en el inquirir de los interrogatorios, en la aportación de informes y antecedentes, y en los encontrados contrastes de la prueba, es donde surgen y se destacan los elementos individualizadores que conducen, como por la mano, ya conocido el acusado, á escoger la sanción apropiada y justa no en orden exclusivamente al delito, sino determinada y circunstancialmente en razón del delincuente.

Dentro de la órbita del sistema penitenciario, es decir, después del juicio y de la condena, las fuentes de conocimiento disminuyen en número, y la claridad de sus manantiales, de desear purísimos, se enturbia: la hipocresía y la ficción desplegan toda suerte de artes, y de muy difícil manera el más hábil, inteligente y celoso carcelero, llega á saber la intención felina del más escrupulosamente observado de sus reclusos. Por regla general, y como adagio (á fuer de cierto es reconocido), el incorregible y empedernido, suele ser el *mejor preso*. Y ¿á quién puede extrañar esto, si al exterior, y contra las terminantes y generalmente aceptadas afirmaciones de Lombroso, hallamos las mantenidas por Granier en sus interesantísimas observaciones *al Uomo delinquente*, de que existen criminales de raza muy pervertidos, desprovistos en absoluto de todo sentido moral, que han perdido todo sentimiento de piedad, de probidad, y que, sin embargo, ofrecen la conformación normal que ostentar pudiera el hombre honrado?

Calcúlese, dadas estas premisas, cuán aventurado será demandar y exigir, si han de cumplirse en algún modo los fines de la pena, la impuesta, habida razón á las previsiones de la ley y al alcance matemático de la cuantía, especie y gravedad, que la impuesta sea y pueda ser la acomodada y propia al que fué sujeto activo del delito, y ha de convertirse en pasivo de la corrección.

No; nuestro Código, como el italiano, tan justamente celebrado, adolecerán siempre del defecto de un empirismo que por sí propio le presenta ante el buen sentido ineficaz y deficiente. Convenzámonos de una vez, porque la lógica es inflexible en sus dictados, y no guarda consideraciones á nadie. La pena que, en rigor de concepto, no puede estimarse sólo sanción, porque ni bajo el sentir más clásico del angélico doctor se le asignó únicamente ese carácter al definirla cual lo hizo, *lexio quæ punit et vindicat*, sino que es también especie de tratamiento individual, cual hubo de entenderlo mucho antes que los criminalistas italianos varón tan insigne y compatriota

nuestro como Alfonso de Castro, la pena no puede ser fijada evidentemente de antemano por la ley en relación con un crímen abstracto, en razón únicamente á su materialidad objetiva. No puede decirse de antemano en medicina cuánto puede durar matemáticamente el tratamiento de una enfermedad determinada; esto depende de exclusivo modo del enfermo. De igual suerte en criminología es absurdo fijar con pretensiones de acierto de antemano la pena sin conocer al individuo llamado á sufrirla, su naturaleza, condiciones y circunstancias que le indujeran á delinquir, y que, una vez sufrida, le llevaran probablemente á la delincuencia. La pena no es, repetimos, la sanción del crimen, siquiera sea uno de sus fines primordiales, y en definitiva y de hecho, por seguir á éste, como la sombra al cuerpo, por tal y en general se tenga. Medicina del alma la llamó Platón, y la verdad es que hoy, tras el progreso incontestable de las edades y de los tiempos, el sociólogo moderno, que no en balde aprendió en Beccaria á ver en ella obstáculos políticos contra el delito, considérala en puridad como una medida de prevención llamada á tomarse contra la criminalidad individual; medio de curación si la sanidad fuera posible; medida de eliminación definitiva si no hay barruntos ni esperanzas de regeneración ni de enmienda; todo el esfuerzo judicial se reduce, pues, á una acertada clasificación de delincuentes mediante el procedimiento de individualización. Individualización de la pena, sustituyendo pura y simplemente, el trillado y ciego recurso de aplicar la preestablecida, según la materialidad del delito; individualización lograda, no en consideración á éste, sino en razón á la criminalidad orgánica ostensible, latente y singularísima del culpable.

Mucho debemos aprender, y gratitud sincera nos toca guardar á la escuela italiana, que se ha esforzado en llamar la atención de filósofos y legisladores sobre la individualización de la pena; cierto que no alardea de original, pues sin echar en olvido que ya en 1869 Walhberg lanzó al campo de la especulación este concepto, distinguiendo con la perspicacia de

su sabia intuición entre la subjetividad psicológica del individuo y la determinación de la pena, la verdad es que á aquélla corresponde la gloria del más cumplido desarrollo de una teoría cuya admisión se impone con fuerza incontrastable, que influye á diario en la decisión de los Tribunales, y que transformará, á no dudar, la letra y alcance de los Códigos.

De hoy en adelante dejará de ser cada vez menos necesario y frecuente, en el papel del juzgador, y llegará á borrarse, quizás para siempre, de sus augustas funciones, el enojoso y mecánico esfuerzo de hallar, poniendo trabas á su albedrío, en cabalísticas tablas, como el logaritmo frío en las calculadoras matemáticas, la cifra que ha de revelar clase, cuantía, alcance y medida fija de la pena puesta y encasillada frente á la figura, también prevista y esbozada del delito, para que, una vez impuesta, cuadre ó no, se acomode ó la repela el sujeto pasivo de ella, eficaz resulte ó irrisoria sea. No convertirá á ciegas en estatua de sal, en ejecución de la amenaza bíblica, á quien ose mirar á la ciudad proscrita, sino que, por el contrario, escudriñada y conocida la personalidad del culpable, declarará la pena conforme éste la demande, en ley de represión, de equidad, de enmienda, de soberana justicia. *Cuique suum.*

José García Romero de Tejada,
Magistrado de la Audiencia de Madrid.

15-Febrero 1904.

# SECCIÓN ACADÉMICA

## LA POLÍTICA Y EL ESTADO, SEGÚN EL PROFESOR F. E. GIDDINGS (*).

### I

Nos proponemos en este trabajo, meramente expositivo, resumir las ideas del sabio sociólogo americano, M. F. E. Giddings, sobre la política y el Estado, tomando como base para realizar esta tarea sus *Principios de Sociología.*

Sabido es que, M. Giddings ocupa, dentro de la corriente sociológica moderna, un lugar sumamente importante entre los varios autores que han procurado encauzar esta nueva ciencia en límites definidos y concretos.

Entre otras cosas, se ha propuestó determinar el aspecto psíquico del fenómeno social.

Tarde y Durkheim, según él, han conseguido acercarse no poco á la determinación de este fenómeno; pero ambos no estudian más que un mismo hecho, si bien considerándolo desde distintos puntos de vista. Al fundar el primero *lo social* en la tendencia á la imitación producida por la invención de algugunos espíritus, y al establecer Durkheim este hecho en el

(*) Memoria leída en la Cátedra de Derecho político de la Universidad de Oviedo.

acto *coactivo*, que ejecutan varios espíritus sobre aquél que ha sufrido la impresión, no hacen más que dar vueltas alrededor del mismo fenómeno. Giddings hace notar que las fórmulas empleadas por éstos son demasiado amplias, pudiendo darse «impresiones de un espíritu por otro ó por muchos espíritus, sin que se produzca ni se pueda producir la asociación...» y «puede ocurrir una imitación que no contenga germen de sociedad». «La serpiente, añade este publicista, impresiona al pájaro y le mata paralizándole. Hay aves que imitan el grito de otras sin intento ni resultado social» (1).

Por eso cree que el hecho social hay que fundarlo en un acto más determinado, que no esté expuesto á error, esto es, «... en un fenómeno inseparable de la sociedad potencial...», como él dice.

Tal es la *conciencia de la especie* (*the consciousness of kind*), que viene á definirla, como «un estado de conciencia en el cual un ser, más ó menos elevado en la escala de la vida, reconoce á otro ser consciente como de la misma especie que él mismo».

Hechas estas indicaciones, pasaremos á ocuparnos de una manera más detallada, del asunto objeto de nuestro trabajo, si bien antes expondremos á grandes rasgos, las cuestiones que trata y los capítulos en que se desenvuelve la obra que nos ha de servir de guía.

## II

Parte Giddings de la consideración de los problemas *primarios* y *secundarios* que se comprenden en la Sociología, abarcando, dentro de los primeros los de *estructura* y *crecimiento sociales*, y en los segundos, los del *proceso social*, *ley* y *causa*. En los primeros, analiza al mismo tiempo los problemas de *descripción* y los de *historia*, estudiando en los de *descripción* los pro-

(1) Ob. cit., pág. 38.

blemas de *agrupación*, *mutuo auxilio* y *clases sociales*, los cuales se presentan paralelamente, si bien son menos importantes, con los del *espíritu*, *composición* y *constitución sociales*. En los de *historia*, trata de la *asociación zoogénica*, *antropogénica*, *etnogénica* y *demogénica*. Finalmente, en la *Ley y causa del proceso social*, desenvuelve los procesos *físico* y *psíquico*, tratando á continuación de la ley y causa sociales, y por último, estudia en líneas generales la naturaleza y fin de la sociedad.

Como se vé, M. Giddings no deja de inspirarse en la corriente evolutiva que generalmente se advierte en la Sociología, sin que por esto se aleje de la consideración del aspecto psicológico, antes al contrario, reconoce que es de suma utilidad é importancia para la explicación y estudio de los variadísimos y complejos hechos sociales. Así, al exponer el proceso social físico y fijarse en la asociación zoogénica, etnogénica, etc., no hace más que aplicar las leyes de la evolución, mientras que al estudiar el proceso jurídico, el espíritu so cial, etc., desenvuelve una concepción psicológica.

Dejando esto aparte, veamos si nos es dado, señalar lo que M. Giddings entiende por Política y qué por Estado.

Consideremos el primer concepto brevemente; en el segundo nos detendremos más.

Para él «el estudio detallado del Estado corresponde á la ciencia política. A la Sociología general corresponde sólo indicar los grandes rasgos de la organización política y algunas de las relaciones entre el Estado y las asociaciones menores».

Como se vé, la distinción que entre ambas ciencias establece, y, por lo tanto, la relación en que se hallan, es la misma que puede verse en las partes de un mismo todo. La Política y la Sociología tienen un punto común del cual parten, y se dirigen al objeto propio de su investigación particular. Este punto de separación es el tránsito de la sociedad á Estado constituído. La Sociología tiene á su cargo la primera labor; la Política se concreta á esta última.

Por otra parte, M. Giddings reconoce que, á pesar de tanto

como se viene trabajando desde tiempo de Aristóteles, el paso más decisivo que la ciencia política ha dado, ha sido al descubrir que sus dominios no abarcan la investigación de la sociedad, y que las líneas que limitan su esfera pueden ser definitivamente trazadas.

Burgess, es, en opinión del sociólogo de quien tratamos, el que «no sólo ha distinguido con exactitud el Gobierno del Estado, sino que, por primera vez en filosofía política, ha distinguido claramente el Estado organizado en la Constitución del Estado fuera de la Constitución»; por eso afirma luego, que el objeto de la ciencia política es estudiar el Estado en las Constituciones, é inquirir cómo este Estado constituído, ha sido creado y moldeado por el Estado anteconstitucional, *pero sin que la ciencia política pueda ir más allá.* «El Estado anteconstitucional, ó sociedad natural, como por otro lado podemos llamarla, es para la Política, como para la Economía política, *un dato.* El estudio detallado de sus orígenes y evoluciones corresponde á la Sociología».

Además, esta ciencia parece ser para él la que, por excelencia, estudia el fenómeno social en toda su amplitud, abarca su objeto propio, y no tiene que descender á estudiar simplemente los hechos para servir de preliminares á otras ciencias; más bien éstas deben admitir, sin explicación alguna, las conclusiones de aquélla. Por eso indica en uno de los capítulos de su libro, que la Política, en lo que se refiere á la interpretación objetiva de los fenómenos sociales, no puede pretender remontarse hasta los hechos primarios del mundo social, sino que, por el contrario, debe aceptar francamente y «sin explicaciones el fenómeno de la asociación humana».

Aunque no dejamos de reconocer que á esta distinción establecida entre los límites de la Política y de la Sociología no le falta fundamento, sin embargo, al determinar M. Giddings que la Política tiene su punto de partida, una vez que la Sociología le haya suministrado los datos del Estado anteconstitucional, como él dice, cabe oponer el reparo que puede in-

ferirse de lo que algunos publicistas sostienen, cuando afirman que el Estado nace con la sociedad.

Según esto, el punto desde donde partirá la Política no será tomando el Estado anteconstitucional, ó sociedad natural, como... un dato, sino que sus límites vendrán á confundirse en este lugar con los de la Sociología, siendo bastante difícil deslindar los campos propios de una y otra ciencia. Tendremos, pues, que la distinción entre ellas quizá más bien será *cualitativa* que *cuantitativa*, y las relaciones que entre ellas hay, podrán equipararse á las que existan entre Estado y Sociedad, fenómeno social y fenómeno político.

## III

Pasemos ahora á la segunda cuestión:

¿Qué será lo que M. Giddings entiende por Estado...? Para responder esta pregunta de una manera inmediata, necesitaríamos primeramente exponer los capítulos en los que, con bastante extensión, expone la *evolución histórica de la sociedad*, y luego ir deduciendo y entresacando de su doctrina lo referente á este asunto. Pero como esta es labor que nos ocupará más adelante, por ahora nos limitaremos á transcribir algunas noticias que, relativas al Estado, parece dar, cuando trata de la *constitución social*, su naturaleza, extensión y formas.

Según las indicaciones que en este capítulo hace, el Estado es para Giddings «la organización capital final de la sociedad civilizada...», la cual atiende con verdadero interés á las asociaciones menores privadas y procura mantener «... las condiciones en las cuales todos sus súbditos pueden llevar *una vida perfecta* y *en sí misma suficiente*», como decía Aristóteles. Luego, tomándolo de Fouillée *(La ciencia social contemporánea)*, dice: «Imaginaos un gran círculo, dentro del cual están otros menores, combinados de mil maneras, formando las más variadas figuras, sin franquear el límite que los define: tal es la

representación propia de la gran asociación del Estado y de las asociaciones particulares que abraza».

De conformidad con Burgess, añade que el Estado es «omnicomprensivo», abarcando en su esfera á todas las personas, asociaciones, etc., que en él existen: y á continuación indica, que debe considerarse á todos los individuos como formando parte del Estado, pero no como súbditos. Así, dice, que «entre los súbditos del Estado y los miembros del Estado, puede haber alguna diferencia. Todos son súbditos del Estado, en cuanto sobre ellos ejerce éste su autoridad. Y sólo son miembros del Estado los que participan de su conciencia, y los que, por su lealtad y con su voluntad, contribuyen á su autoridad y poder. El rebelde, el traidor, están en el Estado, pero no son de él».

En esta misma distinción funda Giddings la existencia de las clases sociales ó categorías, comprendiendo en ella. las de los súbditos y la de los que ejercen la autoridad legal. «Los agentes de la autoridad legal, añade más adelante, considerados colectivamente, son el Gobierno.»

Respecto á los fines del Estado, parece reconocer la existencia de unos eminentemente primordiales y otros de menor mportancia, que no por eso dejan de tener su relativo valor. Así expresa categóricamente que «el fin primario del Estado es la perfecta integración social. Con este propósito sostiene el Ejército, el cual, con la diplomacia, procura proteger á la Nación contra las agresiones, aumentar su territorio y su población; además sostiene los Tribunales y la policía para mantener la paz ó el orden dentro de sus fronteras».

Para el cumplimiento de este como de otros fines, reconoce la necesidad de que el «Estado desarrolle actividades económicas»; por eso examina á continuación algunos elementos, que, como la acuñación de moneda, los impuestos, etc., etc., constituyen los ingresos con que el Estado podrá cubrir los gastos que el cumplimiento de sus fines origine.

Y con relación á otros fines, como, por ejemplo, el de ins-

trucción, dice: «No menos inevitable es que el Estado asuma funciones de cultura. Los miembros del Estado ven que la cohesión social es más unión espiritual que unión por acción exterior, y que depende de las ideas de los individuos. La creen tan necesaria para guiar el espíritu de los hombres, como para suprimir el crimen y la rebelión.» Por eso sostiene que, además de las instituciones religiosas que ejercen gran influjo en este respecto, «todos los Estados actualmente reconocen ciertos deberes respecto de la literatura, de la ciencia y del arte, y procuran cumplirlos sosteniendo Universidades ó instituciones, como la Academia francesa y los numerosos centros científicos de los Estados Unidos, ó bien Bibliotecas, Museos y colecciones artísticas.»

Estas son, en términos generales, las funciones más importantes que Giddings parece asignar al Estado, y ahora, teniendo en cuenta estos antecedentes, podremos ya pasar á la investigación histórica del mismo.

## IV

Desde luego se comprenderá que los límites de nuestro trabajo no pueden extenderse á las investigaciones de carácter puramente antropológico, y ver, por tanto, si el sociólogo á quien venimos refiriéndonos, se inclina á una ú otra de las varias doctrinas referentes á este particular, y si para él la sociedad humana es una continuación de la sociedad animal, y si debe ó no admitirse la existencia de una ó varias sociedades primitivas.

Como es sabido, hay tres medios para determinar de un modo aproximado los caracteres distintivos del hombre primitivo. Es el primero el considerable conjunto de hechos biológicos y geológicos, de los cuales podemos inferir, de un modo aproximado, la naturaleza del hombre primitivo y las condiciones en que vivió. El segundo, la consulta de materia-

les arqueológicos, que nos revelan muchas cosas relativas á la vida de los hombres primitivos. El tercero lo constituye el paralelismo general entre ciertas formas de las sociedades primitivas, y algunas de las existentes hoy día en las sociedades salvajes.

Este último es al que, en definitiva, se inclina el mencionado escritor, entre otras razones, porque «... las creencias y costumbres de los pueblos civilizados, dice, contienen muchas supervivencias de creencias y prácticas que aún existen con gran fuerza en las comunidades salvajes. Indican éstas, no sólo que las naciones civilizadas provienen del salvajismo, sino que las hordas salvajes existentes se hallan en estado de desenvolvimiento estacionario, y por tanto, de un modo aproximado, en la condición del hombre primitivo. Otra razón estriba en el hecho de que los más antiguos recuerdos de la industria humana, revelan que los hombres paleolíticos y neolíticos tenían las mismas artes que el hombre salvaje tiene en nuestros tiempos».

Si claramente notamos cómo se aprovecha este procedimiento, es preciso, sin embargo, reconocer que las sociedades salvajes existentes no reproducen por completo la vida de los primeros hombres, los cuales estarían relativamente bien alimentados, á la vez que gozarían de mejores territorios que los salvajes de nuestro tiempo que «... viven en las regiones de la tierra relativamente estériles, inhospitalarias é inaccesibles, á donde los han arrojado los pueblos más fuertes».

Siguiendo, pues, nuestro camino, estudiaremos á continuación la manera como Giddings establece las relaciones que sucesivamente se han dado en la familia, la horda, el clan, la tribu, y, finalmente, la nación.

Podemos decir con Giddings, que hoy día hay cuatro explicaciones posibles para determinar el origen de la tribu matronímica. Puede admitirse que los clanes son más antiguos que la tribu, y que las tribus se originan de los clanes, por integración... En segundo lugar, puede sostenerse que una sim-

ple horda indiferenciada ha crecido hasta alcanzar las dimensiones de la tribu, diferenciándose luego en clanes. En tercer lugar, cabe sostener que cada una de las hordas vecinas se ha diferenciado en organizaciones de clanes; que cada uno de los clanes, á consecuencia del rapto de las mujeres y de la exogamia de las hordas, se halla representado en todas las hordas, y que, por la guerra ó por cualquiera otra presión, estas hordas, heterogéneas ya, se han reunido en una tribu, la cual está constituída necesariamente por todos los clanes representados en todas las hordas. Finalmente, puede suponerse que cada horda, en un grupo de hordas, llega á ser prácticamente un clan que comprende una mayoría de todos los miembros de aquel clan, y con ellos algunos individuos de los otros clanes, y que tales clanes—hordas al fin—forman juntos una organización tribal.

Como se vé, no deja de ser difícil y complicado el problema de que se trata, y cuya resolución, como dice el Sr. Giddings, ha sido descuidada por muchos escritores, estimándola, tal vez, sencilla.

## V

Pero dejando á parte estas cuestiones, podemos comenzar ya el proceso evolutivo del Estado, según lo presenta el sociólogo á que nos estamos refiriendo, si bien no debemos olvidar que el punto de vista que toma es el comparativo, aunque haya que reconocer que los salvajes hoy existentes, no reproducen exactamente las comunidades primitivas.

La familia del hombre primitivo debió ser «una forma intermediaria entre la de los animales superiores y la de los hombres más inferiores que existen», constituyendo de esta manera una asociación familiar «... de parejas fácilmente separables, y que acaso muy raramente durasen de por vida».

Como se vé, el punto desde donde parte para la explicación de las sociedades humanas, es para él la familia, la cual se

halla formada por matrimonios monógamos, cuya unión es más ó menos larga. Así, en lugares donde la vida es fácil, el marido abandona á la mujer una vez llegado el período de la lactancia de los hijos, mientras que en los terrenos áridos y donde los recursos alimenticios requieren grandes esfuerzos, si se disuelve el matrimonio, es después que los hijos han llegado á ser adultos.

Los hechos ponen de manifiesto que la duración de la vida conyugal no es más que un fenómeno económico, y además, vemos en ellos indicarse la distinción física del varón y de la mujer; el hombre se dedica á la guerra y á la caza, y en los múltiples traslados, que por su condición nómada ha de verificar, lleva el peso de las armas, al par que la mujer es la encargada de los quehaceres domésticos, debe cuidar del fuego, buscar alimentos á sus hijos, y en los viajes, llevar el cargamento.

Así parece encontrarse organizada la familia primitiva; pero ¿cómo ha llegado ha formarse? Dos modos distintos estudia Giddings en este respecto, á saber: el matrimonio por captura y el matrimonio *beena*.

El *rapto*, ó matrimonio por captura, proviene de la convivencia de varias hordas en un mismo territorio, donde ya por meras relaciones amistosas, por la guerra entre ellas ó por simples actos de violencia, se verifica el cambio ó hurto de las mujeres. El matrimonio *beena* se halla muy extendido en el Ceylán, y consiste en abandonar por completo los hombres la horda de donde proceden y juntarse con otro grupo vecino; si en éste encuentra alguna mujer de su gusto, puede casarse con ella, pero quedando siempre sujeto á la horda de ésta, en la cual quedan siempre su mujer, hijos y propiedad, en caso de abandonarla.

Una vez producido el parentesco de la familia, y teniendo en cuenta la exogamia reinante en las hordas, entrevé ya Giddings una evolución producida hacia la formación del clan; pues «no ofrece duda, dice, que el núcleo originario del pa-

rentesco lo forma un grupo actual de hermanos y de hermanas que constituyen un hogar ó casa». Además, «los hermanos y las hermanas, por la sangre, constituyen grupos naturales, económicos y definitivos, los cuales se auxilian espontáneamente, ya sea para buscar el alimento, ya para vengar las ofensas recibidas de otros grupos.» Teniendo en cuenta también la adopción que sucesivamente se va realizando, y el casamiento de los individuos, llega de tal manera á aumentar el círculo totémico, que más tarde, adoptando el mismo totem materno, se separan, y teniendo idea del parentesco existente entre ellos y sus hermanos, concebirán igualmente el que existe entre su totem y los de aquéllos. De este modo «... el parentesco se ha convertido á la larga en un clan».

El clan totémico llega con el tiempo á modificar la horda, la cual puede contener fragmentos de varios clanes, ó estar formada especialmente con los miembros de un clan; y debido á las emigraciones de individuos de horda á horda, por los matrimonios *beena* y el rapto de mujeres, los miembros de cada parentela totémica tienden á distribuirse por todas las hordas vecinas, de cuya integración, y merced á la estrecha unión á que pueden ser forzadas por cualquier causa exterior, como una inundación, el fuego, la sequía, el refugio invernal, etcétera, ó bien porque puede aumentar la amistosa concurrencia de tal modo, que si el medio es adecuado para la subsistencia de una más amplia comunidad, las hordas se junten para satisfacer su deseo de unión, surge entonces la verdadera tribu matronímica, llegando así á su término la evolución del espíritu social, á la vez que comienza la de la constitución social.

## VI

La familia es, para Giddings, la más pequeña de las asociaciones de la constitución social.

El clan, dice, es el encargado de vigilar la tribu matronímica, y regular la adopción, matrimonios, etc., obligando á que las familias se conformen con aquélla. La tierra de una tribu se distribuye en porciones, primeramente entre los clanes, y luego, para que se cultive, se reparte entre las varias casas de cada clan. El clan regula también las transacciones comerciales, prohibiendo la venganza personal dentro del mismo clan; si bien ésta solía llevarse á cabo cuando se trataba de individuos de clases distintas.

La fratría se origina de una nueva evolución de la tribu matronímica, y tiene su origen en el crecimiento experimentado en un clan, el cual se ha subdividido en subclanes, que con el tiempo se declararán independientes, constituyendo entre sí varias fratrías.

«Como guardian especial de la tradición religiosa la fratría desempeña un papel importante en los funerales de los miembros distinguidos de la tribu ..» y «los médicos de las fratrías se convierten á la larga en una clase religiosa diferenciada».

Según lo expuesto, podemos decir, en síntesis, que «la casa es una organización esencialmente económica; el clan, una organización jurídica, y la fratría una organización esencialmente religiosa». Por último, la tribu podemos considerarla como una organización militar, en la cual los jefes guerreros de cada clan «constituyen además otra asociación final muy importante—el Consejo de la tribu—. En algunas tribus, este Consejo no es un cuerpo gobernante en el sentido usual del término... Lo que le concierne, refiérese á las relaciones de la tribu con otras tribus...» «La tribu matronímica, pues, tiene una constitución muy bien organizada, la cual... prepara

la tribu para una ulterior conversión de la misma en componente de agregados más ámplios—el pueblo—. De esta manera facilita la realización de nuevos progresos en la composición».

Aumentando cada día el número de tribus y enlazadas entre sí por los clanes respectivos, hablando dialectos de una misma lengua, y conservando la tradición de un linaje común, tales tribus llegan á ser un pueblo *errático* ó *matronímico* mediante un nuevo desenvolvimiento del espíritu social.

Llegado este momento, estudia Giddings la transición de la tribu matronímica á la patronímica, la cual se debe, entre otras causas, ya á la práctica del matrimonio por captura y no *beena*, porque el marido es el jefe de la familia y no queda, como en este último, sometido al clan de la mujer, ya también por el hecho de ir los hombres acompañados de sus mujeres é hijos en busca de agua de que en los lugares desiertos carecen, y al organizar expediciones para la caza, así como el hecho de obtener las mujeres por compra hace que la autoridad del marido sobre éstas sea reconocido; no pudiendo, por lo tanto, acariciar la idea de volver entre los suyos. Por último, la vida errante y el aislamiento relativo de la familia del pastor, que le separa, no sólo de los parientes de su mujer, sino por un largo período, de los suyos mismos, son favorables al establecimiento de la completa autoridad del padre sobre su pequeña comunidad.

La autoridad paterna reobra momentáneamente sobre la religión. Los animales y las plantas de poderes misteriosos, las fuerzas de la naturaleza, los espíritus de los desaparecidos, todos han sido objeto de culto. Algunos han logrado, al parecer, más éxito, y mediante un proceso selectivo han llegado á ser deidades tribales. Los clanes han creído siempre descender de su dios totémico. Cuando la descendencia comienza á ser contada por los varones, son inevitables ciertos cambios en el sistema religioso. El jefe varón de un grupo familiar es ahora el tipo de la autoridad y del poder. Considerado así de

por vida, así se le considera después de muerto. Si la casa puede continuar mirando las fuerzas y los objetos naturales y los diversos espíritus con sentimientos supersticiosos, sin embargo, el mejor sentimiento de veneración se reserva para su fundador desaparecido. Piensan todos en el espíritu del antepasado como su protector en el país de las sombras. A él es á quien dedican su devoción principal. En su virtud, sin destruir por entero las demás observaciones religiosas, el culto de los antepasados llega á ser la fe dominante».

Como se comprenderá, y el mismo M. Giddings no deja de reconocerlo, todos estos cambios son favorables para la integración social, dando por resultado la identificación del clan con la horda ó aldea, y haciendo que el lazo del parentesco se debilite por grados, á la vez que el de la alianza personal se hace más fuerte. «Puede en un momento dado, dice, ser el cambio imperceptible; pero con el tiempo se advierte que el sistema tribal ha sido grandemente modificado por un feudalismo bárbaro.»

Debido á este cambio, pueden verse ya las distintas clases sociales, y reconocer familias que, siendo descendientes de jefes distinguidos, se consideran como nobles, gozando por este mero hecho de privilegios y distinciones, tales como el de que sus ganados puedan pastar en tierras comunes, etc. Según el criterio bárbaro, su riqueza es vasta, y para él la diferencia entre lo que tiene y lo que posee cualquier miembro de la tribu, se hace cada vez más fuerte y evidente.

El antiguo Código de Irlanda, llamado la ley Brehon expresa de un modo terminante cómo los que son acariciados por la fortuna llegan á desempeñar las primeras funciones en la tribu, y así prescribe en uno de sus capítulos que el jefe de una tribu debe ser, entre otras varias cosas, «el más rico, el más poderoso para luchar, el más rápido en procurarse beneficios, y el más difícil en las pérdidas».

Formada de esta manera la jefatura de la tribu por lo común en aquellas personas más ricas, y teniendo el que este

cargo desempeña, además del séquito de favoritos que sus dispensas atraen, un gran número de hombres que, desesperados ó arruinados, se han asociado á él como sus dependientes, llega á producirse el período de rudo feudalismo por el cual, según el autor, todos los pueblos históricos han pasado probablemente.

La reunión de varias de estas tribus descendientes de una misma rama étnica, y la convivencia en un territorio geográficamente unido, hace que se transformen en confederaciones militares patronímicas, las cuales llegan á formar un pueblo que puede desenvolverse en un gran Estado civilizado. Los egipcios, los caldeos, los griegos, los romanos, los francos, etc., eran, quizá, pueblos organizados en tribus, los cuales, merced á ulteriores crecimientos é integraciones, se convirtieron en Estados nacionales.

«Cuando las tribus patronímicas se confederan y forman la nación étnica, el principio agnático y el culto de los antepasados, combinados con las condiciones políticas y militares, confieren gran autoridad al jefe de la confederación. Se convierte en un jefe militar, en un jefe religioso ó sacerdote y supremo juez, todo á la una. El jefe, en una palabra, se hace rey.

Con el establecimiento de la confederación y la instauración de la monarquía, se completa la evolución etnogénica. Nace entonces un pueblo gentil ó étnica. Su ulterior desenvolvimiento, si la evolución no se detiene en este punto, lo lleva á vivir bajo las condiciones de la vida civil y del progreso demogénico.»

Con estos párrafos termina Giddings el capítulo de *La asociación etnogénica*, en el que estudia, como hemos visto, el origen y desenvolvimiento progresivo del Estado, dejando para el siguiente, titulado *La asociación demogénica*, el estudio detallado de los grados de civilización. Como el entrar en el examen detenido del mismo—donde indica algunas veces las razones por las cuales la constitución social llega á ser superior á la com-

posición social, y de qué manera el Estado contribuye á asegurar la unidad étnica, con otras cuestiones muy interesantes —nos llevaría muy lejos del asunto que tratamos, hacemos punto aquí, por considerar lo expuesto suficiente para nuestro objeto.

JOSÉ MARÍA SEMPERE Y OLIVARES.

Oviedo.

# NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS (*)

**Della riparazione del danno nella funzione punitiva**, per l' Avvocato *Giuseppe Gregoraci*, con prefazione del prof. *Enrico Pessina*. —Torino, Unione tipografico-editrice, 1903. Un vol. de XII-380 páginas, 8 liras.

Desde que la pena de privación de la libertad personal adquirió, en los siglos XVIII y XIX, el predominio sobre todas las otras, habiendo llegado á proscribirlas casi enteramente, la indemnización civil á las víctimas de los delitos se ha hecho también poco menos que ilusoria. Los Tribunales la han seguido y la siguen decretando como una consecuencia de la responsabilidad penal; pero en la mayoría de los casos no se lleva á efecto, por razones que ahora no podemos decir.

Tal estado de cosas ha provocado una reacción que, hasta ahora, apenas si ha trascendido del campo de la doctrina al de las leyes. De veinte años acá, próximamente, son bastantes los escritores que vienen llamando la atención hacia esta materia, que ha conseguido también ser discutida en el último Congreso penitenciario internacional celebrado en Bruselas en 1900.

Ahora bien: una de las monografías más completas sobre el asunto es esta de Gregoraci, recomendable á cuantos se interesen en el estudio de los problemas penales. Lo examina bajo sus diferentes aspectos.

Comienza el libro con una primera parte, que acaso podríamos llamar general, donde el autor presenta la cuestión y marca las relaciones de la misma con otras directamente encadenadas con ella, v. gr., la de las funciones del Estado, la del fin de la pena, la de la evolución histórica de ésta, etc.

---

(*) De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

En una segunda parte aplica los principios generales desarrollados en la primera á las distintas especies de delitos en particular, según la clasificación que de los mismos hace el Código penal común del Reino de Italia. Una tercera parte se halla consagrada á estudiar la reparación del daño con respecto á una multitud de leyes especiales, también italianas.

En la cuarta parte se ocupa de las condiciones que deben acompañar al resarcimiento de los daños según la naturaleza de éstos, tratando así de los materiales como de los morales, y de los modos y procedimientos como unos y otros han de ser reparados.

Por último, la quinta parte la dedica el autor á examinar la reparación del daño en sus relaciones con la ejecución de la pena y con la extinción de la acción penal, estudiándola bajo el aspecto del influjo que puede ejercer esa reparación en la represión judicial, en la condena condicional, en la liberación condicional, en la gracia condicional, en la amnistía y en otros medios de extinguirse la acción penal. En esta parte se trata también de los medios de asegurar eficazmente á las víctimas de los delitos la reparación de los daños sufridos, ora embargando los bienes de los delincuentes, ora constriñéndoles al trabajo. Todo ello con doctrina, orden y claridad suficientes.

Además, acompaña al libro un índice de autores.

P. DORADO.

---

**Ensayos de Política y Administración**, por *Eugenio Silvela*.—Libro de 288 páginas.—Madrid, 1904; Imprenta de la REVISTA DE LEGISLACIÓN.—Precio: 3 pesetas.

Eugenio Silvela, polemista infatigable, orador correctísimo, sintético en el decir, pero profundo en el concepto, ha tenido la idea, muy feliz á nuestro juicio, de dar permanencia en las páginas de un libro á algunas de sus labores parlamentarias, perdidas de otra suerte entre la indiferencia y el olvido de una masa de opinión poco atenta á los problemas políticos de las Cámaras deliberantes.

Nuestros intelectuales de la política, abrumados por la cuotidiana labor del Parlamento, no suelen escribir libros, y así ocurre que á la brillantez del concepto expuesto en el improvisado discurso que justamente conmueve y agita el ánimo, no sucede en la opinión pública ese estado de convicción profunda é inalterable que sólo se produce cuando la madurez de las ideas, por obra del estudio y de

la reflexión, se saborea en las páginas del libro, gran maestro de todas las enseñanzas que adoctrinan nuestra inteligencia. Si el apostolado meritísimo de la ciencia de la Política se iniciase en la labor de la palabra y se completase en el libro; si nuestros grandes oradores escribiesen para dar realidad y permanencia á sus ideas en Política y Administración, no estaría tan ayuno y desmedrado el sentido político en este país, que vive del impresionismo, y que suele buscar la fuente de sus conocimientos en el ajeno pensar, sin cuidarse de la nutrición de su intelecto en el puro caudal de las ideas propias, que no se adquieren rapsodiando aquello que á otro se le ocurre, y que sin gran trabajo puede ser adoptado como verdad inconcusa é incontrovertible, sino laborando por sí mismo la idea ajena y enderezándola hacia el camino de la verdad hasta conseguir que ella sea posesión legítima de nuestro conocimiento.

Basta leer el cuestionario del libro de Eugenio Silvela para persuadirse de que lo que en las páginas de la obra se trata son cosas de tal actualidad, que no de otros asuntos se habla entre aquellos que se preocupan de Política y Administración... La reforma de la ley Municipal, empresa formidable ante el desquiciamiento de nuestras venerandas municipalidades; la modificación de los organismos judiciales; la crítica del Jurado, cuyo irregular funcionamiento conturba la imperturbable serenidad de la Justicia; el presupuesto del Clero y el de las Clases pasivas, estudiados desde puntos de mira muy superiores á las vulgaridades del sectario ó del economista incoercible; la libertad de la cátedra, despojada de la tiranía del maestro por la imposición forzosa y oficial de determinadas enseñanzas extrañas á la finalidad de la ciencia, que es ó debe ser la verdad en su simplicísima expresión...; he aquí, entre otras muchas materias, lo que constituye el libro de Eugenio Silvela.

*Ensayos* denomina el autor á su bien pensado trabajo, y ciertamente, si á los esbozos de tan trascendentes y arduas cuestiones subsiguiese, andando el tiempo, una obra consagrada al estudio de lo que ahora inicia, el talento crítico de Eugenio Silvela, la precisión del concepto, que es la característica de su estilo, y la firmeza en el convencimiento, contribuirían sin duda alguna á enriquecer la exhausta bibliografía política con un libro de innegable valor en el mercado literario, y que habría de ser leído con verdadera delectación por los que deseasen conocer á fondo el estado actual de nuestra Política y Administración.

***

**Teorías penales**, por *D. Felipe Valdés y López*.—Libro de XXX-235 páginas; primera parte. Oviedo, 1903.

Hemos leído con la detención que requiere, la primera parte de esta obra interesantísima. Examínanse en ella las más debatidas cuestiones de la moderna ciencia penal, revelando el Sr. Valdés y López el fructuoso estudio que de ellas ha hecho, y la posesión de ideas propias; valioso caudal de privativos conocimientos, que le permite solucionar los debatidos problemas del Derecho penal con un criterio de independencia, bien ajeno á las intransigencias y radicalismos que dividen á los positivistas y á los partidarios del espiritualismo absoluto, al estudiar el delito y el delincuente, el concepto racional de la pena y las relaciones innegables entre el Derecho penal y las ciencias naturales y sociológicas.

No es en España muy abundante la bibliografía del Derecho penal. Los innumerables trabajos de los jurisconsultos extranjeros han llegado á ser conocidos tardía é inoportunamente, y cuando el positivismo radical declinaba ante las orientaciones más seguras de un eclecticismo racional y transigente, empezaba á ser nota de actualidad entre nosotros la devoción más sincera al naturalismo científico, ó el ardimiento del apóstol en pro de las teorías espiritualistas. Seguramente los jurisconsultos españoles andaban algo retrasados en la evolución de la Ciencia penal.

El libro de Valdes y López, cuya segunda parte habrá de publicarse en breve, es oportunísimo, porque al meritorio trabajo analítico de la Ciencia penal en su iniciación y desenvolvimiento, se une el estudio de los problemas del derecho punitivo en la actualidad, tal y como deben ser conocidos y tratados según la posición presente de esta importantísima especialidad del derecho humano.

La crítica de la escuela antropológica, el examen de la teoría sobre el delito natural, la moral, el derecho y la religión, y el análisis de las conclusiones científicas de los tres apóstoles del positivismo en Italia—Ferri, Lombroso y Garofalo—son capítulos muy salientes de la obra de Valdés, y revelan una lenta y provechosa meditación en el autor del libro, y un espíritu crítico madurado, y como tal, muy por encima de los apasionamientos y prejuicios de aquellos escritores, que no permiten por la ligereza de la concreción de la idea, que la inteligencia sazone debidamente el fruto de sus estudios.

P. GONZÁLEZ DEL ALBA.

**La República en Barcelona.**—Apuntes para una crónica, por *Miguel González Sugrañes* —Segunda edición.

Es una monografía por todo extremo interesante, referente á uno de los períodos más agitados de la Historia de España; y decimos de España, por la relación íntima que con la general del país guardan los sucesos ocurridos en la ciudad condal en 1873.

En el libro se siguen con interés siempre creciente, la situación política de los partidos políticos barceloneses al verificarse la proclamación de la República; las turbulencias promovidas por los obreros; las agitaciones de que fueron causa los mismos republicanos y su división en intransigentes y gubernamentales; la ida á la capital catalana de los generales Lagunero y Contreras y de D. Estanislao Figueras, Presidente de la República; la luctuosa jornada en que halló gloriosa muerte Cabrinetty; cuanto, en suma, aconteció mientras regían los destinos del país Pí y Margall, Salmerón y Castelar.

La narración se hace en tono reposado, como cuadra á quien quiere dar idea exacta de lo acontecido; la imparcialidad se prueba con la serie de curiosos documentos agregados á cada uno de los capítulos que constituyen la obra. Las apreciaciones de un autor que así procede podrán en tal ó cual caso ser discutidas; pero allí están los bandos, manifiestos, proclamas, telegramas y comunicaciones oficiales, mediante los que el lector forma su juicio propio y definitivo. Plácemes merece el Sr. González Sugrañes por haberse atenido á este criterio, tanto más cuanto que muchos de los datos y documentos aportados, de no fácil investigación y hallazgo, aclaran oscuridades de la época que el autor se ha propuesto describir.

El verdadero conocimiento de los hechos narrados en el libro son de imprescindible necesidad para cuantos se propongan historiar la implantación de la República en España y las causas que hicieron efímera su existencia en 1873; el Sr. González Sugrañes ilustra la cuestión en sana crítica y recopilación de documentos, muchos de ellos desconocidos. No es preciso consignar más para que apreciarse puedan las excelencias del libro.

ENRIQUE CORRALES.

**Étude historique et critique sur les Jeux de Bourse et Marchés à terme**; par *Em. Vercamer*, Conseiller à la Cour mixte d' Alexandrie; Bruxelles, 1903.

Una de las cuestiones más árduas y difíciles que en el derecho mercantil se ofrecen á la consideración y estudio, es la que consiste en decidir, si debe concederse validez á las jugadas, que, al descubierto, y con el solo objeto de especular con las diferencias que en su cotización presenten los valores, se practican á diario en las Bolsas de Comercio. El juego se desarrolló en éstas desde su nacimiento en la época moderna; y es verdaderamente notable la serie de medidas y disposiciones legislativas que desde entonces se han tomado por los gobiernos de todos los países para evitar y corregir lo que moralmente no se justifica, lo que en el orden económico produce hondas perturbaciones, y lo que en el social engendra hábitos de disipación y desorden, y es causa de los más terribles trastornos en la familia y la propiedad.

A fines del siglo pasado cesó en la mayor parte de los Estados europeos esta lucha tradicional contra el juego bursátil. En Austria, el art. 13 de la ley de Bolsas de 1.º de Abril de 1875, declaraba que en los litigios sobre las operaciones que en ellas se practican no se admitiría la excepción de juego. En Italia, el art. 4.º de la ley de 13 de Septiembre de 1876, concedía acción en juicio para reclamar el pago de diferencias en las contratas á término. En Francia, la famosa ley Naquet de 28 de Marzo de 1885, consignaba en su artículo 1.º, que todas las operaciones á plazo sobre valores y mercancías son legales, sin que nadie pueda sustraerse á las obligaciones que de ellas resultan, fundándose en el art. 1695 del Código civil, que niega acción para reclamar las deudas del juego. En España—finalmente—después de haber pasado del primitivo régimen de prohibición al de libertad cuando la Revolución de Septiembre, y de haber vuelto al de prohibición en 1874, se adoptó al cabo, el liberal en el párrafo segundo del art. 75 del vigente Código de Comercio, donde se consigna que de todas las operaciones que se practiquen en Bolsa nacerán acciones y obligaciones exigibles ante los Tribunales. Es verdad, que algunas legislacienes mantienen la antigua prohibición, y asimilan los juegos de las Bolsas á los comunes; pero, hasta ahora, no es esta la tendencia que prevalece, y prueba de ello es el proyecto que se acaba de elaborar en Egipto, exagerando, en sentido radical, la citada ley francesa.

¿A qué razones obedece este movimiento legislativo y doctrinal,

que sanciona lo que siempre se consideró inmoral é ilegítimo? ¿Es acaso que se estima bueno en las Bolsas lo que fuera de ellas es universalmente reconocido como malo y reprobable? ¿Es que se cree que la importancia de ciertos intereses económicos, es tan grande, que puede sobreponerse á los inmutables principios de la moral?

Los preámbulos y exposiciones de motivos de algunos de los textos legales antes citados, contestan estas preguntas en forma que no deja lugar á dudas. En la del vigente Código de Comercio español se declara lo siguiente: «No desconoce la sabiduría de las Cortes las diferentes y opuestas opiniones que dominan en el campo de la moral, del derecho y de la economía política, sobre las operaciones, que bajo el nombre de en firme ó á voluntad, con prima ó sin ella, no constituyen en realidad más que obligaciones condicionales de pagar las diferencias que haya en los precios de los efectos públicos en el día convenido para la ejecución del contrato, y que en sustancia se resuelven en un verdadero juego de azar. A pesar de las fluctuaciones de la opinión y de las vacilaciones de los Gobiernos, la verdad es que, con prohibición ó sin ella, las operaciones á plazo han continuado practicándose lo mismo en la Bolsa de Madrid que en las Bolsas extranjeras, siendo impotentes los esfuerzos del legislador y los anatemas de la opinión pública para suprimirlas....» Por esto, el Código «declara de una manera terminante, que las operaciones hechas en Bolsa se cumplirán con las condiciones y en el modo y forma que hubiesen convenido los contratantes, pudiendo ser al contado ó á plazo, en firme ó á voluntad, con prima ó sin ella; sin otras garantías, pero éstas muy eficaces, que la de una completa publicidad...»

Análogas son las declaraciones que hacía M. Naquet en nombre de la comisión francesa encargada de dictaminar sobre el proyecto, que fué ley en 1885. «A pesar de la legislación que prohibe terminantemente las operaciones á plazo y al descubierto—decía—, la Magistratura ha encontrado el medio de legitimarlas frecuentemente. ¿Por qué? Porque las costumbres han sido más fuertes que las leyes, y porque estas costumbres han obedecido á necesidades sociales de que no tuvieron idea los legisladores de 1724... Con frecuencia los legisladores han confundido su misión con la del moralista; y, sin embargo, son esencialmente distintas. A los partidarios de la excepción de juego aplicable á las operaciones á plazo, que se practican en la Bolsa ó en el comercio, es muy fácil contestarles. Si encontráis, les diremos, el medio de conservar los efectos propios de la especulación desarraigando sus múltiples abusos; si podéis obtener que todo acto ilícito sea suprimido de la Bolsa y del comer-

cio, sin llegar á la completa supresión de aquélla, hacedla. Pero si la falta de éxito de todos vuestros ensayos sucesivos prueba que no podéis; si demuestra que no conseguiréis hacer desaparecer los inconvenientes de la especulación más que matándola; si se puede afirmar que no tenéis la facultad de elegir, y que condenando la especulación, ponéis en lucha el derecho positivo con el natural, siempre mas fuerte, cesad de perseguir un fin quimérico, porque ensayándola hacéis lo contrario de lo que os proponíais; donde queríais imponer el orden y la moralidad, no engendráis más que la inmoralidad y el cinismo.» Parecerá que con estas palabras no se niega esta inmoralidad, sino simplemente que haya medio de atajarla y corregirla: mas no es así: Añade luego M. Naquet Suponiendo que fuese posible evitar por disposiciones legales las operaciones á plazo, que se liquidan solamente por el pago de diferencias, todavía habría que ver si la cosa sería útil y produciría los resultados que de ella se esperan: habría que preguntarse si estas compras y ventas, que representan la mayor parte de las transacciones bursátiles, no son acaso elemento necesario en la especulación, del cual no pueden prescindir las sociedades.» Y concluye afirmando que «la repartición de riesgos, que es resultado de la especulación, tiene la enorme ventaja de impedir la edificación de grandes fortunas y la consumación de grandes ruinas, y de conducir á una equitativa y democrática distribución de la riqueza social.

Esta argumentación, que sintetiza cuanto se ha dicho en pro de la validez de las jugadas de Bolsa, fué elocuentemente impugnada por M. Laurent, en sus comentarios al proyecto de Código civil belga.—«Se dice, escribía el ilustre jurisconsulto, que lo que domina en las operaciones de Bolsa no es el *juego*, sino la *especulación*, y que ésta es elemento esencial del crédito público y privado, y, por tanto, de la riqueza nacional y particular... Pero ¿es la riqueza elemento esencial de civilización? Este es el verdadero terreno del debate. ¿Qué importancia debe conceder el legislador á la riqueza? No es este el fin, sino un medio, un instrumento. El fin del hombre en esta vida es su desenvolvimiento intelectual y moral; no puede el legislador aceptar otra cosa. En este espíritu debe inspirar sus leyes, subordinando á él todo género de consideraciones, singularmente las que presiden el acrecentamiento del crédito y de la riqueza. Este principio es decisivo en la cuestión. La moral domina á la economía política, como el fin domina á los medios. Si es útil que las Sociedades sean ricas, es necesario, ante todo, que sean morales... He partido hasta aquí del supuesto de que las jugadas bursátiles son elemento esencial de la especulación, y que ésta es

el alma del crédito: ¿es ella completamente exacta? ¿Si la especulación bajo la forma de jugadas de Bolsa se vulgarizase en todas las clases sociales, descansaría la riqueza pública y privada en base sólida? Lo dudo. Hace tiempo oigo lamentarse á los industriales de que la industria se ha convertido en verdadero juego. Creía yo que el trabajo y la economía eran los únicos fundamentos sólidos de la fortuna privada...»

Mucho se ha debatido esta cuestión en Parlamentos, Academias, Revistas, y aun en la prensa diaria; pero el trabajo más completo que ha visto la luz pública en la última fase de tan interesante polémica, es el libro de Mr. Vercamer, Consejero del Tribunal mixto de Alejandría, titulado *Etude historique et critique sur les Jeux de Bourse et Marchés á terme*. Divide el autor su trabajo en dos partes, destinando la primera á la excepción de juego en general, y la segunda, especialmente, á las jugadas de bolsa.

Para exponer de un modo completo la doctrina sobre dicha excepción, estudia los precedentes históricos, comenzando por el derecho romano y sus rigores, viniendo luego á las legislaciones contemporáneas, para demostrar que fué en ellas universalmente admitida tal excepción; y luego trata de cuestiones tan importantes como la de si el juego engendra obligación natural—de la acción de repetición de lo pagado por deuda de juego—, y de la excepción en caso de silencio de la ley.

En la segunda parte comienza por el examen de las legislaciones que reprueban las jugadas de bolsa, á saber: las de Suiza, Rusia, Alemania, República Argentina y Portugal. Dedica capítulos especiales al derecho anglo sajón, y al sistema legislativo de Bélgica; y entra á estudiar de lleno el movimiento en favor de la abolición de la excepción de juego, en su origen y sus resultados, dedicando capítulos de admirable labor crítica á la ley francesa de 28 de Marzo de 1885, al derecho alemán contemporáneo, y al estado actual de la cuestión en Bélgica, donde, sin duda, es más intensa que en otros países la preocupación que esta cuestión produce, y son mayores los deseos de llegar á soluciones que armonicen los tradicionales principios con las necesidades del comercio en nuestros días.

Termina la obra con un nutrido apéndice, en el cual se comprenden los textos legislativos, proyectos de ley, y la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal mixto de Alejandría.

De la lectura del libro se desprende claramente que no es imposible, como se ha supuesto, separar la especulación lícita, la que impulsa el comercio y es beneficiosa para él, de la ilícita pasión del juego, que perturba los mercados y produce caprichosas é inespera-

das alzas y bajas, en las cotizaciones de valores; que al abolir la excepción de juego se ha cedido, en muchos países, á influencias de clases interesadas en que el agio perdure en las Bolsas; y que se impone una rectificación en las orientaciones hasta aquí seguidas, pues se trata de algo que traspasa el círculo de la actividad económica, para ofrecer influencia tan amplia como perniciosa en la vida de las modernas sociedades.

VÍCTOR P. BRUGADA.

# ANALES DE DERECHO INTERNACIONAL

## EL EXEQUATUR

### DE LAS

### EJECUTORIAS PROCEDENTES DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS

Es difícil que llegue á realizarse el ideal en la materia (1), ó sea que toda resolución procedente de un país civilizado se cumpla *urbi et orbi*, sin más distinción que las garantías necesarias para hacer constar su autenticidad, que tiene por sí misma la de los Tribunales regnícolas; acaso el inconveniente mayor consiste en los peligros que para la Justicia trae el sacar al demandado del fuero de su domicilio, obligándole á defenderse en tan desventajosas condiciones para su causa como supone el mero hecho de litigar en el extranjero. Sería preciso indemnizarle con alguna ventaja, como la de la defensa gratuita, para ponerle en igualdad de condiciones que su contrincante, principio básico de todo derecho procesal.

De ahí el que entre nosotros siga imperando el sistema de la reciprocidad legal (2), y por él se regula si un fallo dictado por cualquier Tribunal extranjero es ó no ejecutorio en España; tal declaración la hace, por regla general, el Tribunal Supremo (3) y su Sala de lo civil, y se obtiene por un procedi-

(1) El «*Extra territorium jus dicenti impune non paretur*» de los romanos sólo parece arraigado en Francia, donde salvo lo dispuesto en contrario por algunos Tratados, se somete á una verdadera revisión el fallo extranjero que se presenta para ser ejecutado dentro del territorio de la República.

(2) Art. 952 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(3) Art. 955 íd. íd.

miento sencillo, siquiera deba ser calificado realmente de contencioso; presentación de copia auténtica de la sentencia cuya ejecución se pretende, acompañada de la traducción hecha por la oficina de Interpretación de lenguas en el Ministerio de Estado; si el actor es extranjero y el ejecutado español, ¿procederá, en su caso la caución *judicatum solvi* ó de *arraigo del juicio*, como la llama nuestra ley de Enjuiciamiento? Parece que sí, aunque hoy no merece la pena el tratar este punto con detención (1); se da audiencia á la parte contra quien se dirija y al Ministerio fiscal, y se otorga ó deniega el cumplimiento (2).

Estas reglas generales tienen sus excepciones y debe hacerse mérito de una por la frecuencia con que se aplica, sin embargo de lo cual, resulta olvidada por los litigantes y letrados; me refiero á Italia, respecto á cuya nación rige el Tratado celebrado con Cerdeña en 19 de Agosto de 1851 (3), é importa conocer las especialidades que contiene:

«El cumplimiento de éstas sentencias ó acuerdos (4) se pe-

---

(1) Cuando se exija á los españoles en el país de donde la ejecutoria procede, art. 534 de dicha ley; pero aparte de que países como Italia, Portugal, Montenegro y Dinamarca la han abolido, el Tratado de la Haya, art. 11, casi la borró de Europa, salvo Inglaterra, donde se exige cual una de tantas medidas del procedimiento.

(2) Arts. 956 al 958 del Enjuiciamiento civil.

(3) Se puso en duda su vigencia después de consumada la unidad italiana; pero la sentencia de 20 de Junio de 1880 resolvió la afirmativa, y lo mismo sucede en Italia, sin que pueda promoverse cuestión sobre el particular.

(4) Por *acuerdos* se entiende todas las demás resoluciones judiciales que, dictadas en uno de los dos países, produzcan efectos en el otro; pero, ¿comprende el Tratado toda decisión recaída en materia civil y mercantil, ó excluye alguna de ellas? Aunque tal cuestión resulta ajena al caso práctico que motiva estas líneas, puede presentarse, y de consiguiente, conviene hacer mérito de la doctrina comunmente admitida, tanto más, cuanto que es de general aplicación.

Hay fallos ó acuerdos dictados en el extranjero que son ejecutorios en España, sin necesidad del *exequatur*: los dictados por los Cónsules españoles, idénticos por sus efectos á los de los Tribunales nacionales; los del Tribunal mixto de Egipto, del que forma parte un Juez de nuestro país; y los que emanan de un Tribunal

dirá *de un Juzgado ó Tribunal á otro por medio de un exhorto* (primer extremo del art. 2.º).

Para que puedan cumplimentarse por los Juzgados ó Tribunales competentes de cada país las sentencias ó acuerdos de los del otro, deberán ser declarados previamente ejecutivos por el *Tribunal Superior*, en cuya jurisdicción ó territorio haya de tener lugar el cumplimiento (primer extremo del art. 3.º).

No obstante estas disposiciones, ó quizá porque se las diera una interpretación distinta, el hecho es que ante el Tribunal Supremo se presentó una ejecutoria, dictada por la Corte de apelación de Florencia, en pleito sobre compraventa de cereales procedentes de Buenos Aires, entre un comerciante de aquella ciudad y otro de Barcelona, condenando á éste, entre otros extremos, al pago de 36.994 liras y 40 céntimos: pretendíase, no sin llenar las formalidades ordinarias, que se acordara el cumplimiento conforme á lo prescrito en la ley de Enjuiciamiento civil. Dada audiencia al demandado, surgen las dos cuestiones siguientes: 1.ª El Tribunal Supremo es incompetente para declarar el fallo ejecutorio, porque el art. 3.º del Tratado atribuye tal facultad al Tribunal superior en cuya jurisdicción ó territorio haya de tener lugar el cumplimiento, y éste es la Audiencia respectiva. 2.ª Aun admitido el supuesto

---

extranjero, precisamente para ejecutar un fallo de nuestros Tribunales, se encuentran en ese caso.

Otros, sin estar excluídos de manera expresa, no pueden cumplirse en España; tales son las responsabilidades civiles decretadas por los Tribunales de represión.

¿*Quid* de los fallos relativos al estado y capacidad de los extranjeros? Como afectan á su estatuto personal y éste les sigue en España, conforme al art. 9.º del Código civil, han de regirse por leyes especiales, y para ellos no se han dictado las disposiciones de que se trata, aplicables sólo á las sentencias ó resoluciones que establecen la declaración precedente sobre los derechos contenciosos de las partes.

¿Y los actos de jurisdicción voluntaria? Deben quedar excluídos por la misma razón, y además, como se limitan á comprobar un hecho, recae la decisión sin debate contradictorio, por lo cual son siempre reformables en la vía contenciosa y carecen, por tanto, de la autoridad de cosa juzgada; pero esto no es aplicable á Italia, porque el art. 7.º del repetido Tratado los incluye expresamente.

contrario, se habría incurrido en un defecto de forma al pedir, como se hizo, pues conforme al art. 2.º de aquél, ha de ser de un Juzgado ó Tribunal á otro, por medio de un exhorto, y no presentando la ejecutoria legalizada por la vía diplomática conforme á los casos ordinarios.

El Ministerio fiscal entendió procedente el primer motivo de oposición, que fué estimado por la Sala en auto del 27 de Enero último:

Considerando que si bien, conforme al párrafo primero del art. 955 de la ley de Enjuiciamiento civil, la ejecución de sentencias pronunciadas en naciones extranjeras ha de pedirse ante este Tribunal Supremo (1), el segundo exceptúa el caso en que, según los Tratados, corresponda su conocimiento á otros Tribunales:

Considerando que como la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, procede de los Tribunales de Florencia (Italia), ha de aplicarse ante todo el art. 3.º del Convenio celebrado entre España y dicho país, fecha 19 de Agosto de 1851, según el cual, la declaración previa de ser aquélla ejecutiva, incumbe al Tribunal superior en cuya jurisdicción ó territorio haya de tener lugar el cumplimiento, en el caso actual uno de los Juzgados de Barcelona, por ser éste el domicilio del condenado en la repetida sentencia, art. 958 de dicha ley Procesal, y por tanto, la competencia para hacer la declaración pretendida, incumbe, por excepción, á la Audiencia de Barcelona, Tribunal superior á que se refiere el Tratado, y no al Supremo, que así lo tiene ya declarado en 2 de Octubre de 1880.

«No ha lugar á lo pretendido por el Procurador D. ... en el escrito fecha ..., y haga uso de su derecho, si viere convenirle, ante quien corresponda, conforme á la anterior doctrina...»

---

(1) Por una especialidad de nuestro procedimiento, pues en los demás países concede el *pase* un Tribunal inferior. Téngase en cuenta que al celebrar el Convenio con Cerdeña no teníamos legislación sobre el particular, negándose toda fuerza á las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros, y así pudo pactarse conforme á la doctrina recibida.

Decidida en tal sentido la cuestión previa, ya que en rigor afectaba á la competencia, sin invadir atribuciones de otro Tribunal, no podía examinarse la segunda de que se ha hecho mérito. De toda suerte, no tiene tanto alcance como la primera, porque nada más fácil que subsanar el defecto invocado, aun en el caso de que se reconociera su existencia, y es que, sin prejuzgar solución alguna, no se compagina bien la declaración previa de ejecutorias exigida á las sentencias por el artículo 3.º del Tratado, con la forma de comunicarse el Tribunal italiano con el español, y viceversa, requerida por el 2.º Aparte de esto, como el exhorto ha de recibirse por la vía diplomática, cual garantía de autenticidad, ya las diferencias resultan escasas, y desaparecería esa especie de antinomia con admitir que la única entre la ley de Enjuiciamiento y el Convenio, por lo que afecta al procedimiento, consiste en que la Audiencia territorial sustituye al Tribunal Supremo en esa alta función inspectora.

VÍCTOR COVIÁN,
Magistrado del Tribunal Supremo.

# BIBLIOGRAFÍA

DEL

# DERECHO INTERNACIONAL

---

1.—Descamps (E): *L'Afrique nouvelle.* Essai sur l'Etat civilisateur dans les pays neufs et sur la fondation, l'organisation et le gouvernement de l'Etat indépendant du Congo.—Bruxelles, 1903.—1 tomo de 626 páginas.

El reputado publicista y profesor de la Universidad de Lovaina, M. Descamps, autor de muy interesantes estudios sobre el Derecho internacional y las cuestiones coloniales y africanas, se ha propuesto, al escribir este libro, estudiar una de las formas más notables de organización política: el Estado civilizador en los países nuevos, é investigar cómo la obra fundada por Leopoldo II en África ha resuelto el problema del establecimiento de dicho Estado en el corazón mismo de la barbarie.

Ha tenido en cuenta, al mismo tiempo, la historia, que recoge los hechos, el Derecho internacional, que interpreta los tratados, y la política colonial, que estudia las condiciones de la formación de sociedades nuevas en tierra virgen.

Tiende á presentar, con ayuda de documentos, el génesis del movimiento civilizador africano que ha surgido en nuestra época, el advenimiento del Estado del Congo al seno de la sociedad de las naciones y los hechos que han caracterizado la existencia de este Estado, los cuales constituyen, en cierto modo, la trama de su vida.

Se esfuerza por precisar, á la luz del Derecho internacional, el sentido y el alcance de los grandes tratados de Berlín y de Bruselas, que han puesto importantes jalones en las vías de la colonización central africana.

Examina, aprovechando los datos de la política colonial comparada, el establecimiento y el modo de funcionar del órgano civilizador creado por completo en el África ecuatorial, en medio de tribus salvajes, por el fundador del Estado independiente del Congo.

Divídese este importante libro en cuatro partes. Trata la primera, *la historia*, en dos capítulos, del génesis del movimiento civilizador africano, y del Estado civilizador en los países nuevos, y del advenimiento del Estado del Congo á la sociedad de las naciones; la segunda, *los grandes tratados*, en tres capítulos, de *la Conferencia de Berlín* y el régimen económico del Congo, de la Conferencia de Bruselas y de la lucha contra la insurrección de los tratantes árabes, y de las críticas revisionistas; la tercera, *las instituciones*, en veinte capítulos, de la soberanía, la forma de gobierno, el territorio, la neutralidad, los súbditos, la política del Estado, la legislación, la administración, la policía, la justicia, el dominio, la hacienda, la fuerza pública, la navegación y la red hidrográfica, los caminos de hierro y las vías terrestres de comunicación, los telégrafos y los correos, el comercio, las misiones, la ciencia y el gobierno civilizador; y por último, la cuarta, en un capítulo, *del soberano*.

Puede considerarse el concienzudo estudio del digno Secretario general del Instituto de Derecho internacional, como uno de los más valiosos que han visto la luz sobre el asunto, necesario complemento de otros dos libros anteriores, relativos á la Bélgica neutra é independiente y al Congo neutro é independiente.

2.—Rouard de Card (E): *La France et les autres nations latines en Afrique.*—París, Pedone, 1903.—1 tomo de 181 páginas.

El distinguido profesor de la Universidad de Tolosa, autor de muy estimadas publicaciones sobre el Derecho internacional, hace notar en la *Introducción* las dificultades que al progreso del Imperio africano de Francia han suscitado, no sólo Inglaterra y Alemania, sino también Italia, España y Portugal, en la segunda mitad del pasado siglo. Se propone examinar las múltiples cuestiones que han promovido estos últimos Estados en el momento en que se habla de una inteligencia de Francia con las naciones latinas, deseando poner á los lectores en guardia contra ciertas ilusiones peligrosas, á las cuales los franceses están dispuestos á abandonarse.

Tiene el libro tres capítulos, tratando sucesivamente en cada uno de las relaciones entre Francia é Italia, Francia y Portugal y Francia y España. Acompáñanle cinco cartas y un *Apéndice* de documentos.

Las cuestiones de Francia con España han sido motivadas por la posesión de las islas y de las costas del golfo de Guinea, por la posesión de la costa del Sahara y por la cuestión marroquí.

M. Rouard de Card es opuesto á las pretensiones de España sobre Marruecos.

«Cualquiera que viaja en el Imperio de Marruecos, reconoce pronto que no existe verdadera simpatía entre los dos pueblos que se miran unidos por vínculos fraternales.

»Fuera de las relaciones comerciales, los marroquíes no buscan á los españoles, y son inclinados á denigrarles en toda ocasión.

»Les reprochan principalmente por conducirse con grosería, por no aprender la lengua árabe y por no respetar la religión musulmana.

»Por otra parte, los españoles no saben ya hacerse temer

ni hacerse amar por las poblaciones marroquíes. Bloqueados en sus presidios, no consiguen intimidar á las tribus del Riff, que no cesan de espiarles y amenazarles. Su prestigio militar, que anmentó á los ojos de estas tribus cuando la toma de Tetuán en 1860, ha disminuído sensiblemente por la campaña poco brillante de 1893 94 alrededor de Melilla.

»En tales condiciones, no se ve bien en qué se apoya España cuando pretende desempeñar un papel preponderante en los asuntos marroquíes. Por lo demás, Francia no puede admitir semejante pretensión; el porvenir de nuestra colonia argelina quedaría comprometido si tolerásemos que una influencia superior á la nuestra pudiese ejercerse libremente en Marruecos.»

3.—Zeballos (E. S.). *La enseñanza del Derecho internacional privado en la República Argentina*. (*Revista de Derecho, Historia y Letras*, de Buenos Aires, números de Febrero y Marzo de 1903.)

4.—Zeballos (Estanislao S.). *Conférénce inaugurale du Cours de Droit internationale privé*, faite á la Faculté de Buenos Aires le 2 Avril 1902. Buenos Aires. Lajouane, 1902. Un folleto.

5.—*Bulletin argentin de Droit international privé*, fondé et publié par Estanislao S. Zeballos. Avocat ancien Ministre des Affaires Etrangères, Professeur á l'Université de Buenos Aires. Números I-II (Juillet-Septembre, 1903).

El distinguido jurisconsulto Sr. Zeballos ha sustituído en la cátedra de Derecho internacional privado de la Universidad de Buenos Aires al malogrado Dr. Alcorta. Con este motivo, presentó en 20 de Enero de 1903 al Decano de la Facultad de Derecho y de Ciencias sociales un programa, encaminado á orientar la enseñanza de esta asignatura sobre bases modernas y de interés argentino. Acompaña al excelente programa una *Memoria* científica, en la que explica sus tendencias.

El programa se divide en primer año y segundo. Trata el primero de los *Orígenes y principios generales* (orígenes, personalidad y territorialidad del derecho, antecedentes nacionales,

principios generales, nacionalidad, domicilio, limitación de la territorialidad del derecho, fundamentos utilitarios de la extraterritorialidad del derecho, fundamentos científicos de la extraterritorialidad del derecho, sus límites, medios de solución, bienes, forma de los actos y sanción jurídica del Derecho internacional privado); del *Derecho personal individual* (estado y capacidad de las personas, incapacidad de hecho, representación y protección de los incapaces de hecho é incapacidad de derecho y representación); del *Derecho personal con relación á la familia* (matrimonio, validez del matrimonio, intervención diplomática y consular en la celebración, capacidad de los contrayentes, derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, efectos del matrimonio respecto de los bienes, nulidad y separación y filiación); del *Derecho personal con relación á los bienes* (sucesiones, legados y donaciones y personas jurídicas); del *Derecho personal con relación á las obligaciones* (adquisición, transmisión y extinción); del *Derecho personal con relación á la propiedad intelectual é industrial*, y del *Derecho real*.

Trata el segundo curso del *Derecho comercial internacional* (teorías generales, sociedades comerciales, obligaciones comerciales, contrato de cambio, otros efectos de comercio, industria de los seguros, varios contratos comerciales, contrato de transportes terrestres, quiebras y propiedad industrial); del *Derecho marítimo* (teorías generales, la propiedad y sus efectos, gobierno y administración de los buques, accidentes de mar y procedimientos); del *Derecho penal internacional* (autoridad de la ley dentro y fuera del territorio, extradición, efectos de la extradición y limitaciones al derecho de libre actividad); y, por último, del *Derecho procesal internacional* (competencia, pruebas en general y ejecución de sentencias extranjeras).

El Dr. Amancio Alcorta es el fundador de la enseñanza del Derecho internacional privado en las Repúblicas del Río de la Plata, y tal vez en Sur América. Su primer programa fué compuesto en 1878. En 1893 había decidido darle forma nueva y

definitiva; pero llamado á la acción política, lo abrevió, sometiéndolo á la Facultad con el carácter de provisional, que aún conserva.

Llamado el Sr. Zeballos en 1892 á suplir al Dr. Alcorta, la Facultad le ha invitado anualmente á preparar el programa definitivo. El provisional es, por eso mismo, incompleto y no se armoniza con los extraordinarios adelantos realizados en el último cuarto de siglo por esta rama de la ciencia del Derecho, ni con los intereses trascendentales de la sociedad argentina. Nombrado el Sr. Zeballos en 1902 Profesor titular, some te á la Facultad un nuevo plan de enseñanza de la materia, fruto de los estudios y experiencias de nueve años de cátedra, y de observaciones verificadas en países y en institutos extranjeros.

La orientación de la enseñanza del Derecho internacional privado depende de la importancia científica y práctica que cada país atribuye á esta rama vasta y complicadísima del Derecho. La importancia práctica depende, á su vez, de la organización política y social de cada Estado.

Profundizando esta observación, se advierte que la República Argentina es en la actualidad una de las naciones del mundo donde por su desarrollo social y jurídico, las teorías y soluciones del Derecho internacional privado tienen especial trascendencia, y están destinadas á adquirirla mayor todavía. El Derecho continental europeo pesa sobre el desarrollo de esta ciencia con un concepto del orden público ó social, que limita, de una manera rígida y variable en los diferentes países, la condición jurídica de los extranjeros, y, por lo mismo, la aplicacion de las leyes y de la jurisprudencia emanadas de otras soberanías. La República Argentina ha proclamado la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, con un concepto más liberal del orden público que, para salvarlo de las dificultades graves de la vaguedad y de las interpretaciones, define el título preliminar del Código civil.

El Derecho continental (al que se refiere el *Informe*, porque

en Europa está aún localizada la mayor parte de las notables fuentes científicas del Derecho internacional privado) encuentra en la noción de orden público el obstáculo más serio para la codificación interna y para la unificación del Derecho internacional privado. La República Argentina ha podido, al contrario, incorporarlo á su economía jurídica, bajo las inspiraciones del Dr. Vélez Sarsfield; y treinta años de experiencia en una sociedad singularmente cosmopolita, abonan el acierto y la oportunidad de las soluciones.

La República Argentina se halla aún en el primer período de la evolución civilizadora. Su inmigración y su comercio comienzan, por consiguiente. Sus desarrollos futuros son incalculables. Su actividad forense ofrece ya algún material al Derecho internacional privado; pero hay que decir que se advierte en él á menudo el predominio del empirismo. Se explican así la vaguedad, la pobreza, la confusión y alguna vez los dislates.

Las teorías y soluciones europeas suelen ser sugeridas por la influencia de dos principios repugnantes á la esencia de las instituciones liberales: la nacionalidad respecto del Derecho privado y el realismo feudal respecto de los bienes. La República Argentina ha eliminado sabiamente la influencia de la nacionalidad en el Derecho privado, y atenuó justamente los elementos del Derecho real, conservándolos en cuanto tiene de verdadero y científico, depurado de los excesos de feudalismo.

Por sus antecedentes históricos y organización actual, la Universidad de Buenos Aires ha recibido de la Sociedad y del Estado una triple é importantísima misión: ella debe formar á la vez hombres de Estado, jurisconsultos y profesionales. Sus programas llevan, por consiguiente, una triple orientación política, científica y práctica.

El Derecho internacional privado más que otro la exige. El profesional se halla y se hallará á menudo contrariado por las dificultades árduas de esta rama de la ciencia. Debe salir de la Facultad dominando, por lo menos, las nociones más

notables de la ciencia pura y los medios de solución de los asuntos de mayor aplicación en la economía social.

La doctrina de Savigny se dió á conocer en 1840, formó escuela y causó sensación en Europa. Sus discípulos eminentes no han dejado de trabajar hasta ahora, y forman legión por su número y por su vigor intelectual. Eran de ellos, y los más notables en el Nuevo Mundo, Freitas, Vélez Sarsfieid y Alcorta. En ella se inspira el Código civil argentino.

El plan se apoya en un criterio racional, desde que es racionalista por excelencia el Derecho internacional privado. Abraza la actividad social, siguiendo un orden lógico, en armonía con la ciencia, con los códigos y con la legislación positiva. El plan responde á la doctrina de la personalidad del Derecho; pero no desconoce ni elimina los elementos verdaderos y científicos del derecho real. Este es uno de los atributos esenciales del Estado. Sin la combinación armónica del derecho personal con el derecho real, sería imposible la existencia del Estado.

Cuatro métodos tienen favor en el desarrollo de un plan: el metafísico ó *à priori*, el analítico, el comparativo y el histórico. Cada uno de ellos trae su razón y aplicación admisibles, según la naturaleza de los casos; pero los tres posteriores gozan de mayor prestigio y los dos últimos son generalmente preferidos en la composición y fundamentos del derecho.

Teniendo en cuenta circunstancias especiales, y sobre todo, la insuficiente preparación de los alumnos, se ha visto obligado el Sr. Zeballos á emplear, además de los métodos histórico y comparativo, el analítico, facilitando así la acción directa del estudiante sobre teorías y libros abstrusos, difíciles y complicados.

La *Conferencia inaugural* del curso de Derecho internacional privado de 1902, responde perfectamente á su objeto de iniciar á los alumnos en las nociones fundamentales que sirven de base á esta ciencia.

El Sr. Zeballos, digno sucesor del Dr. Alcorta, puede hoy

considerarse como uno de los más caracterizados representantes de la ciencia del Derecho internacional privado en las Repúblicas hispanoamericanas. Una prueba es de ello su fecunda iniciativa al publicar el *Bulletin Argentin de Droit internacional privé.*

Nace esta revista de la necesidad patriótica y científica de incorporar la República Argentina al movimiento progresivo del Derecho internacional privado, que es el verdadero derecho moderno, reclamado por las necesidades de las nuevas formas morales, civiles y comerciales de las relaciones humanas.

El carácter liberal y humanitario avanzadísimo de la Constitución de la República Argentina, y de las leyes, consecuencia de la misma, que organizan la condición política, jurídica y social de los extranjeros, así como la afluencia de la inmigración, especialmente europea, y la conservación de su nacionalidad por los súbditos, hasta por los extranjeros domiciliados, ofrecen á la ciencia, bajo el punto de vista del Derecho internacional privado, á sus soluciones positivas y á los Tribunales locales, nacionales y federales, un campo excepcional, casi único, para el estudio y la formación de esta rama del Derecho.

Los sabios europeos dirigen su atención hacia el país. Se piden con frecuencia noticias y hasta colaboración. Los autores contemporáneos añaden á las últimas ediciones de sus obras extractos ó traducciones de las leyes y soluciones argentinas.

En la división del mundo en dos campos, bajo el punto de vista del Derecho internacional privado el campo continental, y el universal bajo el sistema de la nacionalidad y del domicilio, el *Bulletin* toma resueltamente su puesto de lucha y de investigación. Reivindica para la República Argentina el honor de ser el primer país que incorporó á sus códigos, en 1871, el sistema del domicilio, tal como el Derecho romano lo organizó y así como Savigny lo aplicó al Derecho internacional

privado. Reclama, desde ahora, el homenaje de los sabios y de la ciencia para el Savigny americano, el jurisconsulto argentino, el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código civil.

El Derecho internacional privado debe, pues, perseguir:

*a*) Su fundamento en la moral y la justicia, con exclusión absoluta de las doctrinas utilitarias.

*b*) La eliminación de toda influencia ó exigencia de los intereses políticos de la nacionalidad, en su elaboración.

*c*) Su acción amplia como órgano de la libertad y del bienestar del hombre.

*d*) Soluciones generales científicamente elaboradas é inspiradas únicamente en la necesidad de proteger los derechos privados del hombre.

*e*) La más amplia extraterritorialidad del derecho, con las limitaciones estrictamente reclamadas para la conservación y el funcionamiento de la soberanía nacional como órgano del individuo.

*f*) El sistema del domicilio como medio general de solución, con las atenuaciones del párrafo precedente, de la *lex rei sitæ* y del derecho de la forma de los actos.

*g*) El reconocimiento del Derecho internacional privado como órgano esencial en la vida interna de los imperios, de los reinos y de las repúblicas, confederados ó simplemente unificados, bajo la reserva del goce de los derechos privados locales.

*h*) Las personas jurídicas y las sociedades comerciales no tienen nacionalidad, sino sólo domicilio.

*i*) Las sucesiones se someten al derecho personal del *de cujus,* templado por las exigencias del orden público local.

*j*) La incorporación del Derecho internacional privado á los códigos orgánicos de cada nación.

*k*) La unificación, á lo menos, de los principios codificados, por medio de Congresos ó de tratados colectivos internacionales.

*l*) La organización de una Oficina internacional permanente de las potencias, para la unificación de los principios fundamentales del Derecho internacional privado.

*m*) El desenvolvimiento de su enseñanza en las Universidades del Nuevo Mundo.

Tales son los caracteres generales de la doctrina argentina, acaso americana en el porvenir, que el *Boletín* viene á exponer para el más alto interés de la ciencia del Derecho, de la dignidad, de la libertad del hombre y de las exigencias inalterables, del movimiento económico y de la solidaridad internacional.

Los dos números del *Bulletin* que tenemos á la vista, nos ofrecen trabajos interesantes. Le deseamos larga y provechosa vida, y al mismo tiempo debemos animar al Sr. Zeballos á que escriba una obra completa, bajo la base de su concienzudo programa.

6.—Ministerio de Relaciones exteriores. *Correspondencia diplomática* sobre violaciones de la neutralidad por las Autoridades de Venezuela y sobre otros asuntos relacionados con el orden público de Colombia.—Bogotá, Imprenta Nacional, 1902. —1 tomo de 222-IV páginas.

Por decreto de 16 de Noviembre de 1901, declaró el Gobierno de Colombia interrumpidas las relaciones diplomáticas entre este país y los Estados Unidos de Venezuela.

Había antecedentes muy graves que venían preparando ese desenlace de una situación en que estaban comprometidas la soberanía y la independencia de la República de Colombia. Á ellos se refiere la correspondencia que contiene el volumen que tenemos á la vista. Conviene que sea conocida, á fin de que se sepa que Colombia se mantuvo dentro de la acción diplomática, regida con firmeza y moderación, hasta donde la dignidad personal se lo permitió, en tanto que el Gobierno de Venezuela adoptó, desde fines de 1898, procedimientos decididamente hostiles al de Colombia, como aparece de los documentos.

7.—BALDWIN (Simeon E.): *The Beginnings of an official european Code of private international Law.* (Reprinted from the *Yale Review* for May, 190.)—New Haven, 1903.—Un folleto de 24 páginas.

El opúsculo del distinguido Profesor de Derecho constitucional é internacional privado de la Universidad americana de Yale, M. Baldwin, es una sucinta exposición de los trabajos hechos en el sentido de llegar á la codificación del Derecho internacional privado, y especialmente de las Conferencias de El Haya de 1893, 1894 y 1900.

Á propósito del anteproyecto de quiebras, considera conveniente una Conferencia especial, en la cual debieran intervenir Inglaterra y los Estados Unidos.

Ya en los países anglo americanos se va reconociendo la necesidad de ayudar á los demás Estados en la obra de la codificación del Derecho internacional privado. El Estado de Massachussets ha adoptado un acuerdo en Febrero de 1903 en el sentido de que el Congreso de los Estados Unidos autorice al Presidente de la República para invitar á los Gobiernos del mundo á celebrar un Congreso internacional para decidir sobre las cuestiones de interés común para las naciones.

Esta resolución ha sido inspirada por la Sociedad americana de la Paz.

Guarda esta idea relación con la de M. Asser, expuesta ante el Instituto de Derecho internacional, que tiende á convertir la Conferencia de La Haya en un Cuerpo permanente, el cual debe celebrar sesión cada dos años.

Habla, por fin, el autor de la legislación comparada y del proyecto de formación de una Sociedad americana de Legislación comparada ó de Ciencia política, que ha surgido de una conferencia de publicistas y estudiantes celebrada ha poco en Washington.

8.—ANSALDI (Carlo Francesco): *Osservazioni sul secondo capoverso dell'articolo 9 del Codice penale italiano.* Se l'atutorità

giudiziaria abbia diritto a sindacare le prove della reità dell' estradando.—Torino, Bocca, 1903.—Un folleto de 58 páginas.

9.—ANSALDI. *Dell'esecutoria in Italia delle sentenze straniere di divorzio.*—Firenze, Lumachi, 1904.—Un folleto de 73 páginas.

Se trata de interpretar en el primer opúsculo el párrafo segundo del art. 9.º del Código penal italiano, que dice así: «La extradición del extranjero no puede ser ofrecida ni consentida sino por el Gobierno del Rey, *de acuerdo con la Autoridad judicial del lugar en que el extranjero se encuentre.* La demanda ú oferta de extradición no puede dar lugar al arresto provisional del extranjero.»

Cree el autor que la extradición pasiva no se presenta como un acto puramente administrativo, sino como una institución judicial en su forma y en su sustancia.

Hay quienes opinan que la Autoridad judicial no tiene que preocuparse de las pruebas reunidas contra el delincuente objeto de la extradición.

El Sr. Ansaldi, de acuerdo con distinguidos tratadistas, opina, por el contrario, que los Magistrados tienen derecho á examinar dichas pruebas.

El segundo opúsculo trata de una de las más delicadas cuestiones de Derecho internacional privado, que tocan directamente al orden público.

Empieza hablando el Sr. Ansaldi del orden público, y afirma con Bartin que la noción de orden público y la exclusión de la ley extranjera, que es su consecuencia, no es, en el fondo, más que el residuo continuamente disminuído de la idea tenaz, según la cual, los Tribunales de un país no pueden nunca aplicar á la relación de derecho que se les somete más que la ley civil de su país, porque consideran esta ley, en su ignorancia de los hábitos á que corresponde la ley civil del vecino, como la mejor de todas. Esta idea es la que dominaba exclusivamente en Europa cuando la noción del conflicto de las leyes era desconocida. El progreso ha consistido en derogarla cada vez con más frecuencia, y la suma considerable de

excepciones que ha sufrido no es otra cosa que el Derecho internacional privado mismo. Sus progresos futuros están ligados desde luego con la decadencia de la noción de orden público.

El autor discurre acertadamente sobre ambos temas, ilustrándolos debidamente con el examen de las opiniones de los más autorizados jurisconsultos y tratadistas.

10.—D'Estournelles de Constant (P.). *Le mouvement pacifique et le rapprochement franco-anglais.* Extrait de *La Revue.*—París, 1903.—Un folleto de 16 páginas.

M. D'Estournelles de Constant, autor de muy importantes publicaciones, es Presidente del grupo del arbitraje de los diputados franceses, y uno de los apóstoles más caracterizados y activos del movimiento pacífico.

Opina el autor que, á pesar de los escépticos, es poco lo que falta que hacer en este camino. La idea es de muchos, de dentro y fuera del Parlamento, que no han de abandonarla. Pueden medirse los resultados obtenidos en pocos meses. Ya los ingleses, los franceses, los holandeses, los daneses, los suecos, los noruegos, los italianos y los españoles comprenden el beneficio, la necesidad de una aproximación; la alianza franco rusa no puede ver en ella una amenaza, aunque los nacionalistas se ingenien por demostrarlo; todo lo contrario, puesto que nuestro argumento esencial es la institución del Tribunal de El Haya, debida á la iniciativa del Czar.

El movimiento general ha comenzado; algunos Gobiernos podrán tardar en asociarse á él y en procurar animarle; nada podrá ya detenerlo, precisamente porque no es debido á un hombre: porque es el resultado de la educación y del progreso, y porque es debido al hecho de haber despertado la conciencia universal, que nadie en el mundo tendrá el poder de hundir de nuevo en el sueño y en la noche.

Manuel Torres Campos,
Profesor de la Universidad de Granada.

# EL POSITIVISMO EN EL DERECHO PENAL

Descansa la escuela positiva del Derecho penal en una base falsa, y constituye un retroceso en el movimiento dialéctico en que se depuran la naturaleza del delito y de la pena y los límites de la justicia punitiva.

Exponer los motivos que tenemos para hacer estas afirmaciones, es el objeto de este estudio.

Para procurar alcanzarlo vamos á tratar, bajo los siguientes epígrafes, de los puntos que ha de abrazar nuestra labor.

1.° Algunas opiniones sobre la nueva escuela.

2.° Su ninguna influencia en el Derecho positivo.

3.° Fatalismo y libre albedrío.

4.° Exposición crítica de las doctrinas de Ferri y Garofalo.

5.° Conclusiones generales de la escuela positiva y su impugnación.

6.° Nuestra teoría sobre el derecho de castigar.

## I

### ALGUNAS OPINIONES SOBRE LA ESCUELA POSITIVA DEL DERECHO PENAL.

Empezaremos por la nuestra, por ser la que reviste menos autoridad. Al tratar, en los comentarios al Código penal de 1870, de las diversas teorías relativas al origen del Derecho penal, he aquí lo que escribimos:

Hija del *determinismo*, la nueva escuela positivista italiana, que aspira nada menos que á la transformación completa de la legislación penal, es una ruidosa y audaz protesta contra *el libre albedrío* y su consecuencia inmediata, *la responsabilidad moral de los actos humanos*, eje firmísimo sobre el cual viene girando el movimiento de la historia hace más de veinte siglos.

Hasta nuestros días, las generaciones humanas han vivido engañadas acerca del fundamento y los fines de la pena; han creído que ésta era un medio para hacer reinar la paz, por medio de la justicia, entre las gentes, y de semejante error pretenden que vienen á sacarnos los nuevos apóstoles. La justicia, según ellos, sólo puede existir en el cielo; en la tierra es una virtud que deben renunciar á practicar los Gobiernos, ante los peligros de apreciar mal la multiplicidad de los estímulos que determinan á obrar á los hombres delincuentes. Hay que cambiar de rumbo. Para defender los intereses sociales ante la ineficacia de las penas, hasta ahora usadas, hay que sustituir el criterio ético y abstracto de los delitos y de las penas con un criterio positivo, basado en la observación de los hechos y en los estudios antropológicos (1).

¡Atrás filósofos y jurisconsultos! ¡Adelante, fisiólogos y alienistas!...

Para tal obra, pretenden que es necesario, ante todo, hacer perder al derecho penal su carácter jurídico. La ley criminal afirman que debe fundarse en el estudio experimental de la actividad anormal de los hombres, y ese estudio no puede hacerse en las aulas, sino en las cárceles y en los manicomios.

La ciencia punitiva, así entendida y aplicada, no debe tener por objeto el conocimiento de los *delitos* y las *penas*, sino el de los *culpables* á los cuales esas penas hayan de aplicarse; y el derecho penal, por tanto, debe ser y llamarse la *ciencia de la sociedad criminal*.

---

(1) Ferri: *La scuola positiva di Diritto criminale*.—Siena, 1883.

La responsabilidad moral, que es un principio de responsabilidad limitada, debe dejar su imperio al principio de la responsabilidad social absoluta, según el cual, *todo* hombre en *todo* caso es responsable á la sociedad de *todos* sus actos. La naturaleza de la pena, ni su medida, dentro de esta teoría, no pueden depender de ninguna causa interna, sino fundarse sobre un criterio positivo, á saber: la *temibilidad del delincuente*, la cual ha de ser determinada, según Ferri, por los caracteres positivos, tanto del acto *en sí* consumado por el delincuente, cuanto por la categoría antropológica á que cada justiciable pertenezca (1).

Reduciendo á tres grupos las causas impulsivas de las acciones humanas y designándolas con los nombres de factores antropológicos, físicos y sociales, la escuela positiva entiende que no influye ninguno de ellos de la misma manera en el *hombre honrado* que en el *hombre delincuente*, ni siquiera en los delincuentes entre sí, los cuales no tienen del delito ni de la pena la idea abstracta que, consultando sólo las conciencias sanas, han admitido como postulado los jurisconsultos éticos.

«Hay seres, como los delincuentes natos, nacidos para el mal—dice Lombroso—, organizados para el mal, reproducción atávica, no sólo de los hombres más salvajes, sino también de las bestias más feroces y carniceras...; *suprimiéndolos*, no sólo nos salvamos á nosotros mismos, sino que impedimos que nazcan de ellos seres todavía más malvados y fieros» (2).

En consonancia con tan despiadada conclusión, aquel ilustre antropólogo—que no sabemos si haciendo alarde de modestia ó de soberbia, se llama á sí mismo pobre alienista é ignorante de las cosas jurídicas (3)—, estima que la pena de muerte es la única eficaz. Y siguiendo sus huellas Garofalo,

---

(1) Ferri: *La scuola positiva di Diritto criminale*, pág. 52.—Garófalo: *Di un criterio positivo della penalitá*.—Napoli, 1880.

(2) *Appunti al nuovo progetto Codice penale*.—Troppopresto.—Cap. II.—Torino, 1888.

(3) *Idem id.* pref. VII.

declara que el nacido verdadero delincuente no reconoce más pena que la de muerte; cuya amenaza es solamente capaz de enfrenar su pensamiento y paralizar, algunas veces al menos, sus impulsos, no contenidos por el sentido moral (1).

Hasta qué punto llevan los partidarios de la responsabilidad absoluta la defensa de ese principio, resulta de las siguientes palabras del jurisconsulto distinguido cuyo nombre acabamos de escribir: «Acepto—dice—todas las consecuencias de mi principio: si el loco homicida es real y perpetuamente peligroso como el delincuente nacido, no veo ninguna razón de distinguir una y otra especie enfrente de la guillotina» (2). A cuyas palabras pone, con razón, Gabelli este correctivo: «Al menos, ninguno podrá decir que la escuela carezca de novedad. Enviar al patíbulo á los locos, en lugar de custodiarlos y curarlos, es verdaderamente una cosa original. Ella bastaría, por sí sola, si fuese acogida en nuestros Códigos, para hacerlos célebres» (3).

A las penas intensivas prefieren los *positivistas* las extensivas. Garofalo protesta calurosamente contra la aplicación de las penas por tiempo determinado á los delincuentes habituales. «Es decirles—escribe—: sabemos que sois más perversos, más astutos, más feroces que antes; mas no importa: la ley quiere que seáis desencadenados en medio de la sociedad que tiene tanto miedo de vosotros; obrad, pues, libremente; volved á comenzar á robar y matar» (4).

Nosotros no necesitamos detenernos aquí en impugnar el concepto meramente político que semejante sistema atribuye á la pena. No se encontrará quizás tratada en nuestros comentarios una cuestión selecta de derecho penal en que no resulten en abierta oposición con la teoría, cuyas principales afirma-

(1) *Appunti, al nuovo Codice penale.*— Cap. XVII, pág. 168.
(2) Garofalo: *Criminologia.*
(3) Véase Settimio Piperno: *La nouva scuola di Diritto penale in Italia. Studio de Sciencia sociale*, pág. 94.—Roma, 1886.
(4) Garofalo: *Di un criterio positivo della penalitá*, pág. 75.—Napoli, 1880.

ciones hemos recordado, los principios cardinales que constituyen nuestro credo científico. Para nosotros, la responsabilidad moral es el centro de gravedad del mundo del espíritu. Entre el bien y el mal, el hombre es libre para escoger; pero lo que, según su *naturaleza*, no puede evitar es que deje de sonar en su oído el grito de su conciencia, aplaudiendo la elección del bien y censurando la elección del mal. La ley penal no es toda la ley moral; pero en la ley penal no puede haber nada que no sea una parte de la ley moral.

La mera utilidad política no servirá nunca para legitimar la aplicación de un castigo que contradiga un principio de justicia. Si para vivir sin pánicos ni sobresaltos los hombres honrados, enfrente de los delincuentes habituales ó nacidos, no existiera más remedio disciplinario que *acabar con ellos*, echando un velo sobre la estatua de la justicia en nombre de un falso interés general, nosotros renegaríamos de una sociedad en la cual todos los derechos y toda garantía podría llegar á desaparecer ante el ejercicio arbitrario de un magisterio penal *sin límites*, autorizado para todo lo que, con razón ó sin ella, estimase que podía ser un obstáculo á la defensa de los intereses sociales.

***

No menos agria es la censura que han merecido los nuevos propagandistas de la defensa social al ilustre jurisconsulto italiano Julio Crivelari (1). «Se esperaba —dice—que la infausta teoría de la *razón de Estado* fuese definitivamente cancelada y borrada para siempre de la menoria de los vivientes; mas, no obstante, se intenta hacerla renacer con nombre distinto. Á la razón de Estado, que autorizaba las penas más feroces, se ha sustituído la *defensa* ó la *conservación social*, en cuyo nombre casi se pide el verdugo en permanencia, y esto en nuestro

(1) *Concetti fundamentali di diritto penale*, libro I, pág. 13.—Torino, 1888.

tiempo, cuando los más selectos ingenios claman con insistencia por la abolición del último suplicio.»

«La sociedad tiene el derecho de *conservarse* y *de defenderse*—escriben los apóstoles y repiten los discípulos de la escuela positiva—. ¿Cómo puede llenarse ese fin? Á la manera antigua. Ningún país se preocupaba antes más que de su propia existencia. Esto obligaba á extrañar al reo, privándole de todo medio de vivir en su patria. De aquí la disyuntiva: ó muerte ó extrañamiento. Pero esta forma, impracticable ya, por la resistencia recíproca de los Estados, sería hoy una reacción insuficiente. La reacción, para ser eficaz, debe privar al reo no sólo de la patria, sino de la *posibilidad de toda vida social*. La deportación no es más que una manera de destierro; no alcanza aquel objeto sino cuando el condenado es transportado á un lugar completamente desierto. Una soledad absoluta es inconciliable con la vida del hombre. No se puede imaginar una isla de la Oceanía por la cual no pueda pasar una nave. Otro recurso sería la *reclusión perpetua*; pero esta pena deja al delincuente la fuga ó el perdón. *No hay, por lo tanto, otro medio absoluto y completo de eliminación* más que la muerte.»

»Y como si esto no fuese bastante, se afirma que si la antigüedad, despiadadamente, castigaba á los hijos por las culpas de los padres, nuestra edad, más civil, debería impedir la procreación de los individuos que, según toda probabilidad, serán delincuentes, ó, por lo menos, viciosos. No debería castigar á los hijos de los delincuentes, mas sí *impedir que naciesen*, procurando, con la muerte del delincuente ó con el aislamiento perpetuo de su seno, una artificial selección, con la cual sería la raza mejorada.

»¡Todo esto en nombre de la conservación y de la defensa social! Si esta teoría estuviese impresa en tablas de cera, conservadas hasta nosotros, ó recogida de un manuscrito de la época más desenfrenada de la Santa Inquisición, podría ser considerada como un parto de la mente de Nerón, de Calígula ó de Diocleciano, ó como lucubración sanguinaria de Pedro de

Arbués ó de Torquemada. Bueno es que estemos lejanos de la actuación práctica de los principios *positivos*; pero si se previese próximo su triunfo, yo me eliminaría espontáneamente de la sociedad en que fuesen implantados, condenándome á destierro voluntario.»

***

No llegará, por fortuna, ese día. Á las predicaciones jurídicas de los discípulos de Lombroso no está reservado, en el movimiento de las ideas, más valor que el que han tenido en la historia las herejías en sus luchas contra el dogma y los grandes errores, en su contienda con las grandes verdades recogidas por los pueblos.

«Dentro de cincuenta años—un distinguido publicista francés ha dicho (1)—, las teorías de Lombroso habrán desaparecido, sin dejar vestigios; entonces el historiador les hará justicia, y les reconocerá, cuando menos, un mérito: el de haber provocado numerosas discusiones, haber removido las ideas y hecho surgir contradicciones, y, por último, el haber atraído vivamente la atención sobre cuestiones de una gran importancia social... El criminal nato existe realmente; pero Lombroso lo ha definido de una manera muy deficiente, y, como consecuencia de ello, lo supone más frecuente de lo que es en realidad. Lombroso no es una medianía; el error toma en él proporciones enormes: se engaña de una manera consistente y deliberada; una vez, entrando en una vía, va derecho por ella, y no se detiene por nada; va con todas sus consecuencias; tiene el valor de su propia necedad. Tanta obstinación, semejante ceguedad, desconcierta á cualquiera. Se pasaría por su lado sin detenerse; no se tomaría uno el trabajo de combatir sus teorías, si no fuese porque la parte más despreciable de nues-

(1) M. Jacques Menit, *El fenómeno Lombroso*, traducción de Don Pedro Heredia.—*Revista de Extremadura*, t. II, pág. 404.

tra sociedad se ha apoderado de ellas, y trata de convertirlas en instrumento de reacción.»

***

Más duro es aún el juicio de un ilustre profesor de la Universidad de Catania, de Mario de Muro: «No es raro—escribe—en la historia de las ciencias el fenómeno que antiguos y anejos errores sean renovados con forma nueva ó bajo aspectos antes no vistos en el campo de la pública discusión, por algún ingenio audaz y batallador, deseoso de darse aires de innovador á toda costa, seguro de tener de cualquier modo que sea prosélitos y alguna fama. ¿No se hizo inmortal Eróstrato con el incendio del famoso templo de Diana en Efeso?

»Así ha sucedido recientemente en el campo del Derecho penal. Una cuestión vieja, y aun puede decirse agotada, la del *fatalismo* del delito, ha tenido el alto honor de volver nuevamente á la vida desde los cenagosos fondos donde yacía, desfigurada con frases altisonantes y artificiosos y estudiados razonamientos. La perniciosa doctrina (cosa muy fácil en los tiempos modernos) se ha hecho poco á poco camino, hasta penetrar en las sagradas aulas de las Universidades y tener representantes en estos grandes centros del humano saber. Desde aquí intenta pasar á los escaños de los Parlamentos é imponerse en la legislación.

»Es conveniente, por tanto, antes que el mal arraigue y se propague ulteriormente, que nosotros, modestos operarios del pensamiento en el laboratorio de las ciencias, cojamos nuestras armas y tomemos parte en el combate, tanto más, cuanto que los adversarios no se están con las manos cruzadas, sino que entran á la carga todos los días. No es por esto que la patria esté en peligro, como si el enemigo estuviese á las puertas de Roma; pero sí es necesario que la opinión pública no sea por más tiempo engañada, mixtificada y falseada, y que aquella corriente de materialismo no ensucie más las plácidas y serenas playas de la ciencia.

»Si es verdad que con el nombre de escuela no se entiende otra cosa, y así debe ser, sino un conjunto ó cuerpo de los que laboran con los mismos principios y con el mismo estilo, parece evidente que tal nombre no pueda convenir á los representantes del positivismo, ya por la escasa minoría en que se hallan—así como una flor no hace primavera, así pocos estudiosos no forman una escuela—, ya porque, además de ser pocos, están la mayor parte discordes y divergentes en muchos puntos fundamentales del sistema seguido y defendido.

»La negación del libre arbitrio es indudablemente el *non plus ultra* del humano frenesí... Del principio que no existe libre arbitrio y que el delito es un acontecimiento necesario y fatal, se ha deducido... la afirmación de la responsabilidad social, sin la imputabilidad moral... Negada la imputabilidad moral, la justicia punitiva quedaría reducida á una lucha entre la sociedad y el delincuente, semejante del todo á aquélla, como dice bien Pessina, que se traba en una selva entre el hombre y una fiera... Negada la imputabilidad moral y rebajado el hombre, por tanto, á la condición del bruto, yo no sabría por qué no se debería castigar á cualquier animal que hubiese ocasionado una herida ó la muerte de un hombre. El hecho no sería nuevo. En los tiempos bárbaros del derecho penal, los castigos de los animales culpables de ofensas contra las personas estaban á la orden del día.

»¡He aquí lo que se tiene el valor de llamar progreso, y todavía más, regeneración de la acción penal!» (1).

*
* *

Otro publicista italiano de merecido renombre, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Pavía, Antonio Buccellati, ha formulado del siguiente modo sus conclusiones relativas á la propaganda jurídica positivista:

---

(1) Mario de Muro: *Sul moderno materialismo in Diritto penale*, págs. 11 á 28.

«Del estudio hecho de las varias teorías con especial relación á las doctrinas de la nueva escuela, es fácil de ver cómo ésta, renegando de toda tradición científica, no favorece el progreso de nuestra ciencia, sino que tiende á destruirla. Pero ¿cómo esta nueva demoledora escuela ha podido encontrar fervorosos secuaces, especialmente en Italia? Creo que esto se debe atribuir al desprecio de las ciencias morales y al escepticismo que fatalmente nos apesta. Hubo un atrevido innovador que usufructuó esta desgraciada condición de nuestros estudios, y divorciado de la filosofía, pensó en restaurar nuestra ciencia con los materiales de la disciplina médica. Se estimó como un progreso seguir la nueva bandera, la cual, desviándose del antiguo patrimonio científico, cuya adquisición exige larga fatiga, brindaba un éxito fácil y resplandeciente por la novedad. De aquí que fuese natural, por tanto, que el joven quedase subyugado por la apariencia del genio, y también que á ella se rindiera el hombre maduro ó nulo, que de vanas frases ahito, sin convencimiento de ninguna clase, repite indiferentemente el último salmo de la plaza, ya sea á Cristo ó al diablo; ó el Magistrado que temeroso, ante todo, de aparecer retrógrado, fácil de adaptarse á las circunstancias, canta himnos á la moda... Con esta compañía, la turba juvenil adquirió importancia, proclamando estruendosamente la renovación de nuestra ciencia. Nosotros, sin embargo, estamos convencidos de que son estrellas decadentes que sólo tienen la apariencia del genio. El verdadero genio no se impone violentamente á la ciencia, sino que procediendo modestamente, con conciencia de su virtud, recoge fielmente en sí mismo la síntesis de las ideas dominantes, y de ellas naturalmente deriva nueva luz para el saber humano. Así hicieron Galileo y Volta en las ciencias físicas, Rossini en la música, Manzoni en las letras» (1).

---

(1) Dott. Antonio Buccellati: *Istituzioni di Diritto e procedura penale*, págs. 101 y 102.

Con menos asperezas en la forma, pero con no menos energía en el fondo, el meritísimo jurisconsulto, Profesor de la Universidad de Turín, Emilio Brussa, también protesta contra la escuela positivista de Derecho penal. He aquí sus palabras: «El nuevo positivismo, á mis ojos, ha incurrido en un desacierto grave, que resume todos los menores que el análisis descubre, y que he procurado revelar examinando sus proposiciones en el campo de la justicia punitiva. Ese desacierto consiste en haber desconfiado demasiado de la fuerza inherente de los factores individuales; de haberlos, además, frecuentemente negado, menos veces de palabra que en los hechos, suponiendo que los caracteres individuales son un producto exclusivo de la solidaridad natural y social. En último extremo, yo no les imputo sino una usurpación sobre lo desconocido, ó, si se quiere, un ejercicio arbitrario de sus supuestos de Derecho... Ha dado á luz muchos temas reformistas ó revolucionarios. Todos, si no me equivoco, obedecen al mismo error, que es la reducción arbitraria de los factores individuales de los actos á la ley exclusiva de la solidaridad. Esto lo vemos en las exageradas inducciones de la cifra estadística de la criminalidad, en los esfuerzos para suprimir, en los procedimientos criminales judiciales, garantías de legalidad y de libertad civil; esto lo vemos en la doble sustitución, que todos conocen: 1.°, la sustitución de la temibilidad del hombre al crimen moralmente imputable que éste hubiese realmente intentado ó consumado; 2.°, la sustitución de la selección artificial al castigo reprobador del hecho malo.

»La idea de justicia, del bien y del mal moral, del mérito ó demérito, de lo justo y de lo injusto, de lo verdadero y de lo falso, permanece siempre en el fondo de las variedades más diversas y entre las más distantes y opuestas. ¿Es esto ilusión? ¿Es una poesía? Para demostrarlo sería necesario resolver, no el problema de la ley social, penal ó civil, sino el problema mismo del hombre en el mundo. Sin contar que debe estimarse arbitrario el reducir las categorías de la justicia á la de la

utilidad, ó absorber la justicia en la abstracción de lo inconcebible ó de lo inconsciente, puesto al servicio de una doctrina evolucionista.

»Suelen los atrevidos campeones del nuevo positivismo presentar del modo más vigoroso la impotencia del viejo Derecho penal, indicando que para su completo desarrollo, con una ligera mudanza en la opinión científica, de una disciplina auxiliadora, bastaría por sí sola á producir semejante revolución. ¿Pero no es ésta la mayor de las ilusiones de que es víctima una doctrina que, experimental en los medios de que se sirve, osa elevar á la altura de la ley absoluta y universal la invariable formación de los caracteres fisio-psicos?

»Se excluye, como una ilusión metafísica, la libertad de querer y la responsabilidad moral; se califica la idea de justicia moral como llena de contradicciones, de absurdos prácticos ó de injusticias sociales, y todo esto pera llegar á satisfacer la exigencia de una defensa pública, dirigida por el solo concepto de una defensa practicada mediante la adaptación de los peligrosos y temibles á las condiciones del ambiente. Y para esta actuación todo se concede, nada es obstáculo, ni menos el desterrado arbitrio del Juez, elevado ahora á una esfera ultra humana, á una casi infalibilidad.

»El nuevo positivismo contrapone á la noción del delito, como lesión del Derecho, la de la sensibilidad del hombre, reo ó sospechoso de delito. Las consecuencias de esta nueva posición de los pensadores y reformistas son de tal amplitud y gravedad, que no se podrían presumir ni calcular todas ellas sin caer en una especie de petulancia.

»Para resumir todas las deducciones en una conclusión sencilla que pueda ser bastante inteligible, bien que anticipada, esa conclusión se puede formular desde ahora así: la sustitución de la temibilidad sujestiva del reato, considerado cual ofensa al principio objetivo, moral y jurídico, no sólo implica un cálculo de futuros posibles, mucho menos seguro relativo al delito cometido, sino que supone además una conciencia

pública de hecho transformada ó reconstruída, con sentimientos, pasiones, afecciones, hábitos é intereses que la historia estimula á considerar como contrarios á los de una conciencia pública progresiva» (1).

***

El juicio del ilustre Mancini también ha sido adverso á los patrocinadores del positivismo penal. «Entre los peligros de la nueva escuela—ha dicho—es uno generalizar demasiado ciertos hechos singulares y raros, y exagerar su teoría de un modo que reduce al hombre á una simple máquina movida por instintos más ó menos brutales; excluir el elemento moral; explicar físicamente los fenómenos que hasta ahora la filosofía derivaba del espíritu; considerar á los delincuentes en sus especies más feroces, como otros tantos enfermos por degenerada organización física, ó por un estado psico anormal transitorio ó permanente, y renegar del mayor dón (la *libertad)* que Dios ha dado al hombre» (2).

***

El gran maestro, el eximio Carrara, cuyo cumplido elogio ha hecho el mismo Ferri—al confesar que en Italia, después de Carmignani y Carrara, la ciencia de la criminalidad ha hecho bien poco—, ha lanzado su autorizado anatema contra los apóstoles de la reforma.

Después de recordar las tres fórmulas de proporción penal señaladas por Aristóteles, Puffendorff y Carmignani, la *aritmética*, la *geométrica*, y la *armónica*, de fijar el sentido de cada una de ellas y de hacer el contraste entre la *aritmética*, que busca las proporciones relacionando la cuantía de la pena con el criterio del delito como *entidad jurídica*, y la *geométrica* que

(1) Emilio Brusea, *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale.*—Introduzione, XXII y XXIII; parte seconde, XLII XLVII LIV.

(2) Paoli, *Esposizione storica y cientifica dei lavori de preparazione di Codice penale italiano.*—Relazione Mancini, pág. 159.

por el contrario subordina el criterio de la cuantidad del delito al de las condiciones de la persona del delincuente, emite acerca de los propagandistas de la que ellos llaman nueva ciencia penal el siguiente juicio.

«A la proporción geométrica se intentó volver por camino indirecto (con el acostumbrado juego de enmascarar las ideas viejas con fórmulas nuevas) por algunos criminalistas contemporáneos, cuyos esfuerzos, en verdad, pueden ser laudables y grande su erudición, pero que ciertamente son demasiado disonantes con los principios de la ciencia criminal universalmente recibidos, por lo que pueden mirarse sus ideas como teorías demoledoras de la ciencia contemporánea..... Algunos, negando la libertad en el hombre de elegir, vienen enseñando que la norma de la pena no es la imputabilidad del agente, sino sola la defensa social, que es lo mismo que decir la utilidad; principio absolutamente inaceptable, porque destierra toda idea de justicia; no siendo posible atribuir un sentido racional á la fórmula, defensa social, sino en cuanto se compenetra con la tutela jurídica, esto es, con la defensa de los derechos de los coasociados, que es la sola razón de ser de la Autoridad social; otros aceptan como criterio graduador de la pena la temibilidad mayor ó menor del delincuente; pero esto no es más que una transformación artificiosa de la vieja fórmula de la fuerza moral objetiva del delito, ó sea de la alarma mayor que por su forma producen ciertos crímenes. La *temibilidad*, que nace de la *forma* del delito, aumenta la fuerza constitutiva de cualquier individuo que haya cometido ese delito, y toda la teoría de las agravantes se funda sobre ese principio enseñado por todos y por ninguno combatido.

»Pero la mayor temibilidad derivada de la persona ó de las condiciones del delincuente, no se sabe, en verdad, de qué criterio pueda deducirse, y conduce á la consecuencia absurda que el ladrón que se enriquece con un hurto considerable, debe ser castigado menos, siendo probable que no vuelva á robar; en tanto que debiera castigarse más al ladrón pobre, que ha-

biendo robado poco, queda siempre en el ambiente de la necesidad y ofrece mayor probabilidad de que vuelva á robar, y sea, por tanto, más temible.

»Respecto á la reincidencia, por la que debe aumentarse la pena, es doctrina antigua comunmente aceptada, porque con ella la fuerza moral objetiva del delito aumenta y disminuye la fuerza objetiva moral de la pena. Pero esto es un caso excepcional que no autoriza para constituir la regla general de que debe guardar proporción la pena con las condiciones personales del delincuente..... La temibilidad del que delinque por la primera vez, ó nace de la forma del delito y entra en los cálculos de la proporción aritmética, ó es una adivinación de la cual es imposible presentar una razón persuasiva.

»Otros han invocado el atavismo, ó sea la descendencia de padres delincuentes. Esta accidentalidad del delincuente, si se quiere tomar en cuenta como atenuación (lo que yo estimo demasiado problemático), entra también en el cálculo aritmético, disminuyendo la fuerza moral sujestiva del delito. Mas si se quiere que sirva como cálculo de mayor temibilidad, no es más que una enmascarada reproducción de la cruelísima y execrada constitución quisquis—*Filii vero ejus quibus vitam Imperatoria speciali lenitate concedimus, in quibus paterni hoc est creditarii criminis exempla metuuntur, a materna vel avita, omnium etiam proximorum hereditate habeantur alieni; textamentis extraneorum nihil capiant; sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos prorsus honores perveniant; sint postremo tales ut his perpetua egestate sordentibus, sit et mors solatium, et vita supplicium.*

»He aquí una nueva prueba de la fortuna de las palabras. Los preceptos que la civilización actual creía haber perpetuamente prescrito, como la herencia en la delincuencia, surgen cambiados con la fórmula del atavismo, y parece haber creado una nueva doctrina..... Concedo que mucho hay que reformar sobre la aplicación práctica de las penas para convertirlas de un lado en más correccionales, en otro más per-

suasivas, y para más realzar la opinión de la seguridad en los ciudadanos. Elogiaré siempre todos los estudios que se hagan para lograr ese fin, en cuyo asunto hay todavía mucho que mejorar. Pero no podré jamás adaptarme á aceptar como medida de la pena la proporción geométrica, aun disfrazada bajo la especiosa fórmula de *temibilidad*, de *atavismo*, de *ambiente*, de *tendencia* y de otros semejantes romanticismos modernos. Tengo por inconcuso el principio de que la pena no puede tener eficacia correccional, y no sirve á ninguno de sus fines si no es cierta. Mas la certeza de la pena no podrá jamás obtenerse si la responsabilidad del delincuente se quiere subordinar á ciertas innovaciones modernas, perturbadoras muchas veces de las conciencias de los jurados» (1).

*
* *

No añadiremos á los mencionados otros análogos juicios. Aquéllos bastan para demostrar lo que nos hemos propuesto en primer término, que los jurisconsultos que han sabido poner á Italia al frente del movimiento científico y legislativo del Derecho penal en Europa y América, rechazan el fundamento y la tendencia del reformismo positivista.

Para ellos esa doctrina es la resurrección de la *razón de Estado* con el verdugo en funciones frecuentes de eliminación; es una audaz negación del derecho natural respecto de unos seres á quien sin razón se considera sólo con capacidad de procrear hombres terribles, perversos y feroces; es la apología del fatalismo y un anatema contra el libre albedrío, último límite del delirio; es la responsabilidad social sin la responsabilidad moral, la degradación del hombre á la condición del bruto; es la renuncia á la herencia del saber tradicional, caudal acumulado por treinta siglos de esfuerzos civilizadores; es la aspiración dislocada de someter el espíritu á la materia, mediante

(1) Carrara: *Remiscenze dl Cattedra e Foro*, páginas 85 89.— Lucca, 1883.

la subordinación de los caracteres individuales psíquicos á lo que constituye la solidaridad física de las generaciones; es la mutilación del hombre realizada por el desprecio de la más hermosa parte de su ser, de aquella que con sublimes imperativos éticos le hace distinguir lo bueno de lo malo, lo verdadero de lo falso, la belleza de la deformidad; es, en suma, la absurda pretensión de arrancar el Derecho penal del cuadro de las ciencias morales y políticas para llevarlo al de las ciencias naturales, sustituyendo al estudio de las responsabilidades inherentes del *acto criminoso* una arbitraria clasificación zoológica de los hombres delincuentes, según su supuesta mayor ó menor temibilidad.

El *salus populi*, en circunstancias extraordinarias, ha sido eficaz protección de instituciones y pueblos amenazados de grandes catástrofes, y podrá volver á serlo; pero como procedimiento ordinario de represión, graduando sus sanciones sólo por la intensidad del pánico que en los Poderes públicos infunda la mayor ó menor temibilidad de los delincuentes, ha merecido siempre y seguirá mereciendo la reprobación de todos los pueblos cultos, pudiendo sus excesos llegar hasta el extremo de constituir una especie de vesania social, contra cuyos furores sería lícito pedir la aplicación de una camisa de fuerza para defensa del derecho, de la justicia, de la ciencia y de la dignidad humana.

ALEJANDRO GROIZARD.

# SOBRE LA FORMACION DEL PERSONAL PENITENCIARIO

El moderno concepto de la pena como tutela, debida á un sér necesitado de ella, se va abriendo camino de un modo lento y fatigoso.

Siempre que los espíritus innovadores han propuesto en publicaciones y Congresos la adopción de algunas de las instituciones que se derivan de la nueva concepción penal, como el efecto de la causa, se han promovido grandes discusiones, en las que han defendido el *statu quo* penal no sólo los juristas clásicos, sino también ¡oh maravilla! aquellos que admiten muchos de los principios en que se fundamentan las modernas teorías positivistas y correccionalistas.

La posición de los juristas clásicos nada tiene de extraña; por lo menos, es lógica; la de los segundos, aunque parece no tener razón de ser, sin embargo se explica por dos consideraciones: una, es lo fuertemente arraigadas que aun están en los penalistas las antiguas ideas; otra, que muchos de los pensadores que blasonan de modernos no se han parado á relacionar los principios nuevos que conocen con el resto del sistema, sino que se han limitado, como dice Dorado, á «encajar los resultados de la moderna experiencia en el cuadro general de los sistemas antiguos».

Esta hostilidad á las modernas ideas se manifiesta no sólo en una gran cantidad de conceptos erróneos en las cuestiones referentes á las fuentes del derecho penal, á la ignorancia de

la ley, etc. (1), sino que aparece con la misma fuerza en otras, como en la adopción del sistema de las sentencias indeterminadas, en la aplicación en Europa de los principios de los reformatorios americanos, etc. (2).

Si del examen de las teorías sostenidas por los científicos pasamos al del espíritu que anima los sistemas penales, se ve cuán largo es aun el camino por andar. «La tendencia de nuestro sistema penitenciario es más bien intimidar que reformar», dice en su *rapport* al Congreso de Bruselas el Dr. Simón Van Der Aa, Inspector jefe de la administración penitenciaria de Holanda, uno de los países donde han arraigado con más fuerza las nuevas concepciones penales.

Oigamos al *rapporteur* de otro país donde las modernas ideas también están sumamente extendidas, el Dr. Ruggles-Brise, Jefe de la administración penitenciaria inglesa. «El principio del sistema inglés—dice—es inspirar un miedo saludable por una disciplina exacta, pero no rigorosa»; es decir, el fin principal es la intimidación del delincuente; y añade: «Inculcar hábitos de obediencia y de orden, y al mismo tiem-

(1) Dorado, en sus *Problemas de derecho penal*, trata esta cuestión magistralmente.

(2) En el Congreso Penitenciario internacional celebrado en Bruselas en Agosto de 1900, se libró ruda batalla entre los penalistas americanos y los europeos. Los primeros expusieron la organización de sus reformatorios, los notables resultados obtenidos, la aplicación de las sentencias indeterminadas como elemento imprescindible en el sistema del reformatorio; mas fueron inútiles sus esfuerzos: las conclusiones votadas fueron desfavorables á las sentencias indeterminadas. Respecto de los reformatorios, se adoptó la siguiente resolución: «La segunda sección, aun teniendo en gran consideración la organización de los «Reformatories» de los Estados Unidos de América, estima que los resultados conocidos hasta el día no pueden juzgarse suficientes para motivar, sin un estudio más profundo, la adopción de esta organización en los países de Ecropa.

»La segunda sección desea ver al Gobierno de los Estados Unidos de América comunicar permanentemente á la Comisión penitenciaria internacional todos los documentos capaces de poner al próximo Congreso en condiciones de emitir un voto sólidamente fundado.»—*Actes du Congrès Penitentiaire International de Bruxelles (Août, 1900).—Procès-verbaux de séances*, vol. I.

po reformar por el trabajo, la educación y el ministerio de la religión». Lo que es lo mismo que decir: nosotros nos proponemos, ante todo, atemorizar al delincuente por medio de la pena, y dentro de este sistema, en lo que quepa, y cabe muy poco ó nada, su corrección. Como se ve, la reforma queda relegada á segundo término.

El sistema penitenciario francés seguramente tampoco se propone la corrección de los penados, pues la alta cifra alcanzada por la reincidencia demuestra que los presos salen poco mejorados de los establecimientos penales. En efecto, un 70 por 100 de los liberados vuelven á ingresar por reincidentes.

Pero esto no obstante, no hay duda de que la nueva concepción de la pena se abre camino; sus pasos son lentos, pero seguros.

Mas ó menos, el fin correccional informa el tratamiento penitenciario en varios países, y así lo han declarado los *rapporteurs* en el Congreso de Bruselas. El de Hungría, v. gr., dice que se atiende más á la corrección que á la represión (1); el de Bélgica: el fin de la pena es mejorar hasta donde sea posible al delincuente (2); el de Baden: el objeto que se propone la pena es corregir y mantener el orden (3); el danés: el fin propuesto es la reforma del detenido (4).

---

(1) *Rapport sur les mouvements de reforme du septime pénitentiaire hongrois et sur le développement des institutions pénitentiaires hongroises de 1890 a 1900,* presentado por la sección penitenciaria del Ministerio Real Húngaro de Justicia.—*Actas del Congreso de Bruselas,* volumen IV, pág. 528.

(2) *Exposé de l'etat actuel du système pénal et pénitentiaire en Belgique,* presentado por la Dirección general de las Prisiones de Bélgica.—*Actas,* vol. IV, pág. 342.

(3) *Rapport sur le régime des prisons dans le Gran Duché de Bade,* presentado por el Dr. J. von Engelberg, Consejero de gobierno, etc.—*Actas.* vol IV, pág. 320.

(4) *Exposé de l'organisation des prisons en Danemark,* comunicado por M. Karl Goos, Secretario del Director general de Prisiones en Dinamarca.—*Actas,* vol. IV, pág. 381.

Téngase bien presente que en los países arriba citados el fin correccional se persigue en atención no sólo de un grupo determinado de delincuentes, sino de todos los reclusos. Con relación á una cla-

Uno de los campos más descuidados de este orden de cosas es el de la educación del personal penitenciario En este punto se pone muy de manifiesto cuán hondas son aún las raíces de las antiguas teorías penales.

Es cosa sabida que la nueva concepción de la pena como tutela, debida á los seres de ella necesitados, exige que las personas llamadas á la realización del tratamiento adecuado sean idóneas para dicho fin. Éste requiere que los empleados penitenciarios sean verdaderos psicólogos y pedagogos; que tengan conciencia de la alta misión social que les está reservada; que puedan penetrar en la psiquis del delincuente para conocerle íntimamente y aplicarle el remedio más apropiado á su inferioridad; que conozcan su organismo, sus degeneraciones y anomalías para someterle al régimen físico indicado; que tengan un conocimiento profundo de la etiología de la criminalidad, y de su profilaxis y terapéutica, y del movimiento moderno de las instituciones preventivas.

¿La educación del personal penitenciario responde á este programa?

En la mayor parte de los países, no; unas nociones de sistema penitenciario, un poco de derecho penal, mucha administración penitenciaria y alguna noticia sobre la identificación antropométrica: he aquí todo el caudal intelectual de que disponen los empleados de la mayoría de los establecimientos penales europeos.

La excepción de esta regla hay que buscarla fuera de la vieja Europa: es el Japón.

Esta joven nación cuenta con una *Escuela de aplicación para el personal de las prisiones*, que tanto por su organización como por la educación que reciben sus alumnos, puede llamarse un modelo en su género.

---

se de criminales, los menores, ya hace mucho tiempo que las disposiciones de los Gobiernos de los países civilizados tienden única y exclusivamente á su protección y corrección cuando sean precisas.

La escuela está establecida en Tokio; los cursos que en ella se siguen, son:

Ciencia penitenciaria;
Higiene de las prisiones;
Psicología penal;
Estadística;
Antropometría;
Sistemas de patronato de los liberados;
Principios de educación correccional para los jóvenes;
Código penal;
Código de procedimiento criminal;
Ejercicio militar;
Ejercicio de servicios prácticos;
Sumario de la ley constitucional, del derecho civil y del derecho administrativo.

Pero no es esto todo: en la misma Tokio los religiosos han fundado en 1899 dos escuelas: una para los capellanes actuales y otra para los que desean ser capellanes de prisiones. Los alumnos reciben en ambas escuelas lecciones referentes á las prisiones (1).

En Europa, realizado, actuado, no existe nada semejante, por lo menos que yo sepa. Tan sólo hay un proyecto, según mis noticias, y ha sido presentado, como sabrán los lectores, en nuestro país; me refiero al decreto dado en Marzo de 1903, y cuyo autor es el Sr. Dato. Por dicha disposición se organiza en la Prisión celular de Madrid una Escuela especial de Criminología, con carácter *teórico práctico*, para la enseñanza y educación del personal de la sección directiva del Cuerpo de Prisiones, de la Dirección general de este ramo y de los establecimientos de educación correccional que se instituyan.

Las enseñanzas dadas en dicha escuela, serán las siguientes:

---

(1) *Rapport sur le système penitentiaire du Japon*, por S. Ogava, Consejero de la Direccion general de Prisiones del Ministerio del Interior del Japón.—Actas, vol. IV, p. 536.

Derecho penal español y comparado y Legislación penitenciaria comparada. Ciencia penitenciaria, comprendiendo:

*a*) Sistemas penitenciarios en todas sus manifestaciones.

*b*) Instituciones preventivas de todo género: la tutela y el sentido moderno de la función penal en sus varios aspectos.

*c*) El patronato de los delincuentes: formas que reviste en los pueblos cultos; instituciones penitenciarias, reformatorios de niños y adultos; colonias; patronato de presos y cumplidos; organización y resultados en los varios países por informes de detalle y estadística.

Antropología ó estudio del hombre físico y Antropometría. Antropología criminal. Psicología normal y Psicología de los anormales. Pedagogía general y correccional. Criminología, con estadística de la criminalidad comparada (1).

Fuera de este proyecto, en los demás países se ha pensado poco en la educación de los funcionarios de las prisiónes; por regla general sólo se les exigen ciertas condiciones que en nada se relacionan con la función pedagógica que les asigna la moderna concepción penal.

Las administraciones penitenciarias de algunas naciones (Francia, Italia, Austria y Alemania entre ellas) quieren hombres que sepan conservar el orden y la disciplina, y así buscan para estos cargos antiguos militares; otras (los Estados del Norte y Rusia) prefieren á los que se encuentran en condiciones de poder enseñar un oficio á los reclusos.

A continuación damos una breve noticia sobre la manera de escoger en algunos países el personal de las prisiones; de

---

(1) Para darse mayor cuenta de la entidad de esta reforma, ver «Una futura escuela de criminología», por Bernaldo de Quirós, en la REVISTA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, Marzo Abril, 1903.

El proyecto es magnífico: ¿se realizará? Hora es de que se piense en España en la reforma del sistema penitenciario, y yo creo muy acertado que empiece con la formación de un personal apto. Así terminarán para siempre las tristes, pero justas críticas, que de nuestras instituciones penitenciarias hacen algunos penalistas extranjeros.

ella sacará el lector la impresión de que no es el espíritu de corrección el que principalmente se ha tenido en cuenta al organizar la educación de los funcionarios referidos.

Comenzamos por *Inglaterra*:

Los funcionarios superiores de las prisiones son nombrabrados por el Secretario de Estado; los demás por los Comisarios. La política no influye en los nombramientos. Estos se hacen del modo siguiente: se hace una escrupulosa selección entre los numerosos aspirantes á las plazas de guardián ayudante, y antes del nombramiento el candidato debe:

1.° Ser examinado por un director de cárcel y un médico, y después ser declarado apto para el servicio.

2.° Satisfacer á los Comisarios de las prisiones en cuanto á su moralidad.

3.° Ser aprobado en el examen pedagógico hecho más difícil en los últimos años.

4.° Seguir de una manera satisfactoria un curso normal de cuatro meses en una escuela especial.

Pero este curso no comprende las enseñanzas que hemos visto figurar en el dado en el Japón ó en el planteado en el decreto español, pues se limitan al estudio práctico de los detalles de la rutina de la prisión y á conferencias dadas sobre cuestiones generales relacionadas con la Administración. Además de estas escuelas, cuatro en número, destinadas á los empleados ordinarios de ambos sexos, hay también un curso especial para el personal sanitario, y se estaba organizando una escuela de cocina y panadería.

*Francia* no cuenta con escuelas especiales para la formación del personal administrativo de las prisiones; pero para ser admitidos en el Cuerpo, los aspirantes deben sufrir un examen sobre instrucción general, elementos de derecho penal y de contabilidad pública.

El personal de vigilancia se recluta entre los antiguos militares.

En los grandes establecimientos existen escuelas elemen-

tales para los guardianes que aspiran á ser ascendidos. La organización de estas escuelas se ha completado con la creación en París de una escuela superior, donde son enviados los mejores alumnos de las escuelas elementales. Las enseñanzas referentes á las cuestiones penitenciarias y al mecanismo de las prisiones, etc., son dadas por los Inspectores generales, por altos empleados del Ministerio del Interior, por los Directores de los establecimientos penales y algunos de sus colaboradores. Un Médico está encargado de un curso de Higiene, y además los alumnos afectos al servicio de identificación, reciben lecciones de Antropometría.

De esta breve noticia se deduce que en Francia tampoco recibe el personal penitenciario la educación pedagógica que sería de desear.

En *Baden* no existen escuelas para la preparación de los funcionarios; los investidos de cargos superiores siguen cursos especiales sobre las cuestiones técnicas referentes al sistema penitenciario. El primero de estos cursos fué organizado en 1886 en la prisión central de Friburgo, y duró cuatro semanas. Desde entonces todos los años tienen lugar cursos semejantes, que consisten en conferencias hechas por los empleados del servicio penitenciario, que poseen una cultura teórica, sobre el desenvolvimiento histórico del régimen de las prisiones, las diferentes ramas de este servicio, así como sobre *la importancia y organización de la profilaxia sistemática contra la criminalidad*.

Los guardias y vigilantes son nombrados entre los antiguos soldados que no sean mayores de treinta y seis años, y que prueben, mediante un examen, saber leer, escribir y contar. Se concede gran importancia á que conozcan un oficio, para poder ejercerlo con los penados. Además se exige buena reputación, buen carácter y una fuerte constitución física.

En *Holanda* tampoco existen escuelas especiales. Los funcionarios adquieren los conocimientos y aptitudes necesarias en la práctica. Aun sin reconocer la necesidad de crear una

escuela especial, se ha dado un primer paso hacia la introducción de una educación más sistematizada.

*Bélgica* nombra los directores de sus prisiones entre los miembros del personal administrativo, que cuenten por lo menos diez años de servicio en las prisiones.

El personal de vigilancia se recluta exclusivamente; ya entre los antiguos suboficiales del ejército, ya entre los aspirantes que conozcan alguno de los oficios enseñados en las prisiones á los reclusos.

*Dinamarca* tampoco cuenta con escuelas para formación de sus empleados.

Para ser nombrado director de un establecimiento de pena, es preciso, no sólo una instrucción superior, sino tambien los suficientes conocimientos penitenciarios.

El reclutamiento del personal de vigilancia se hace entre los suboficiales ó entre los artesanos que conozcan bien un oficio, susceptible de ser enseñado á los prisioneros.

Por esta breve exposición de lo que se hace en algunos países, hemos visto que en la mayoría la formación de los empleados penitenciarios no responde al moderno fin asignado á la pena. ¿Pero quiere esto decir que en un porvenir más ó menos cercano, la educación de dicho personal no se hará en vista de una concepción enteramente distinta de la reinante, de la concepción de la pena tutela? Seguramente no, pues los indicios contrarios no faltan. Aun entre las naciones que hemos citado se manifiesta esta tendencia á un cambio radical; son chispazos en medio de la oscuridad, que poco á poco acabará por disiparse á la luz de las nuevas instituciones que empiezan á alborear.

En medio de la mala orientación que, á mi juicio, se da en los anteriores países á la formación de los funcionarios penales, hay algunas disposiciones que francamente revelan su procedencia moderna.

En Inglaterra, por ejemplo, hemos visto que se exige un examen *pedagógico*, que en los últimos años se ha hecho más

difícil; en Baden, las conferencias dadas á los empleados de los penales, no sólo tienen por objeto iniciarles en el conocimiento de la rutina penitenciaria, sino también en la *importancia y la organización de la profilaxia sistemática contra la criminalidad*; Holanda ha dado un paso á favor de una educación más sistematizada.

Naturalmente que el camino por andar es largo, pero los casos precitados demuestran que, aunque muy lentamente, se van alcanzando sus etapas, y de seguir así, cosa que no parece dudosa, se terminará por alcanzar la meta deseada. Entonces habría llegado el día en que todos los empleados de las prisiones sean verdaderos pedagogos que se dediquen con amor á la humanitaria tarea que les está encomendada, la de levantar moral y físicamente á sus hermanos más débiles y desgraciados.

EUGENIO C. CALÓN.
Colegial del Mayor de San Clemente
de los Españoles en Bolonia.

# ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

## El resumen presidencial ante el Jurado.

I. Actualidad de la cuestión: abolicionistas y partidarios de su conservación.—II. El resumen del Presidente ante el Jurado inglés.—III. El resumen presidencial en las legislaciones positivas.—IV. Cuál debe ser la estructura y contenido del discurso del Presidente.

I.—La abolición ó conservación en las leyes positivas del resumen encomendado al Presidente de la Sección de Magistrados, escribe Manduca (1), es la cuestión de mayor actualidad. Los tratadistas y las legislaciones de los pueblos que poseen la institución del Jurado, no han logrado todavía ponerse de acuerdo sobre tan trascendental asunto. Y mientras unos escritores entienden insustituible, en orden á la finalidad de la justicia, el resumen del Presidente, que iluminando la conciencia de los jurados, encamine su inteligencia hacia el camino de la verdad, otros, viendo en el discurso presidencial una especie de nuevo requerimiento acusatorio, más bien que una labor tranquila y desapasionada, se pronuncian resueltamente por su definitiva é inmediata desaparición.

A nuestro entender, en el fondo de semejante discrepancia hay seguramente un error de procedimiento en la formación del juicio acerca de la bondad ó inconveniencia del resumen presidencial, el cual es combatido, no por lo que es en sí mismo como institución jurídica, sino por la manera de ser entendido en la realidad de su desempeño por los Presidentes,

(1) *La procedura penale*: F. Manduca.

quienes, ó por no percatarse de la estricta imparcialidad de sus funciones, ó por falta de adecuadas condiciones de palabra y desposesión de serenidad de juicio en sus razonamientos, ó finalmente, por un equivocado concepto de la misión que en servicio de la justicia les está encomendada, incurren, de modo involuntario seguramente, en omisiones lamentables al resumir los debates ante los Tribunales del Jurado.

Un Magistrado ilustre, Bonneville (1), decía á propósito de esta cuestión, que un resumen perfecto era la labor más difícil que es posible encomendar á la inteligencia humana, y el más trascendental de los deberes que pudiera imponerse á la conciencia del hombre honrado. En efecto: la palabra, que es la concreción de la idea y la formal exteriorización de nuestro pensamiento, difícilmente se abstiene, al exponer un hecho, de conceptuarle—que tal es la labor del raciocinio—, y claro es, al estudiar el Presidente la unidad y el conjunto de la prueba y analizar el hecho procesal controvertido en la contienda jurídica, no sin gran esfuerzo puede sigilar el juicio que á su razón merezca la verosimilitud ó inverosimilitud del hecho que la prueba tiende á demostrar. Mas de lo difícil á lo imposible media una distancia enorme, y si los Presidentes ponen á contribución en tal empresa aquella ductilidad en el decir que permite á la palabra acomodarse á la adecuada expresión del tranquilo pensamiento; si entienden que no es ni puede ser su labor la reservada á quien acusa ó defiende; si, finalmente, son sobrios y sintéticos, en lugar de difusos y analíticos, de seguro que la frase inspirada en aquella serenidad imperturbable del varón justo, la sinceridad en el lenguaje de quien habla en nombre y al servicio de la justicia, y los acentos de convicción sincera arrancados del fondo de un corazón que rinde culto á la verdad, que es la entraña de la elocuencia persuasiva, evitarán en muchos casos las monstruosidades de ciertos veredictos. El resumen entonces, lejos de ser inútil,

(1) Bonneville: *De l'amelioration de la loi criminelle.*

soporífero é insoportable, como entiende Manduca (obra citada), resultará un trabajo conciso, exacto, claro, sencillo y humano, que, según Berriat-Saint Prix, son las notas características é integrantes de todo buen resumen presidencial.

Los jurisconsultos italianos, que tanto servicio han prestado á la portentosa evolución del Derecho penal, han debatido con caluroso entusiasmo la permanencia ó abolición en las leyes procesales del resumen de los Presidentes ante el Jurado. Carrara, Cormenin, Crispi, Mancini, Lanza y Pessina son francamente abolicionistas, y en los debates parlamentarios sobre reforma de la ley del Jurado en 1880, fueron vivísimas las discusiones acerca del asunto. Mientras los partidarios de la conservación del resumen presidencial entendían que con él se habían evitado muchos veredictos erróneos, un Diputado ilustre, Brofferio, fulminaba contra el resumen la más violenta acusación, afirmando «que si antes condenaban muchos Jueces con votos distintos, gracias al resumen quien condena es un solo Juez, con voto único y decisivo». «Y á tales exageraciones han llegado los abolicionistas, que, no contentándose con denominar al resumen «acto peligroso á la buena marcha de los «procesos y perjudicial á la justicia» (1) escribía Manduca, «que, como los Jurados dormitaban casi siempre al arrullo de la palabra presidencial, el resumen más apreciado era el cómico.»

Y, no obstante la permanencia en la ley italiana del resumen, es un hecho, y los antiabolicionistas continúan con ardimiento su defensa, entendiendo que el Presidente tiene ante el Jurado una gran misión que cumplir, y que ella está encomendada á la virtualidad de una palabra elocuente y sincera, y á la labor de un hombre honrado é inconmovible, como la justicia misma; á un Magistrado, en conclusión, de sereno juicio, imparcial y humano, que llegue con tan extraordinarias, pero no imposibles condiciones, á determinar la voluntad de los jurados por los derroteros de lo justo, toda vez que lo

(1) Borsani y Cassorati, *La nuova legge sul giure*, § 1962.

justo es la encarnación de lo cierto, y la verdad es precisamente la entraña de todo veredicto acertado.

II.—En la Corte de las Assises, en Francia, el resumen del Presidente era casi siempre una nueva requisitoria de acusación, á veces más violenta que la formulada por el Ministerio público. La manera directa de intervenir los Presidentes en la dirección de los debates; los cargos y reconvenciones formulados durante las sesiones contra los inculpados, á quienes acosan y estrechan para obtener manifestaciones que evidencien, mediante la contradicción, la falta de veracidad en sus dichos, no son, ciertamente, prenda segura de aquel imparcial criterio y aquella serenidad en el razonamiento, que inspiran más tarde se revele en la labor oratoria la opinión del Presidente sobre la culpabilidad ó la inculpabilidad del reo, quien sabe, como lo saben los jurados y todo el que á las sesiones asistiera, el modo de pensar del Magistrado que presida, aun antes de pronunciar las primeras palabras de su informe. La supresión, por tanto, del resumen ante el Jurado en Francia estaba justificada, y la ley de 19 de Junio de 1881 prohibiendo en absoluto que, terminados los debates, el Presidente resuma los medios de prueba utilizados por la acusación y la defensa, limitando aquella labor á que llame la atención de los jurados sobre las funciones que están llamados á desempeñar, cortó de raíz un mal grave, si bien, según escribe Franqueville (1), pudiera ser el remedio tan nocivo como la dolencia misma.

Los que de estas cosas quieran instruirse tienen una información muy valiosa en el estudio de las instituciones jurídicas de Inglaterra, donde el Jurado funciona con admirable regularidad, gracias á la acertada dirección del Magistrado Presidente y á los admirables resúmenes presidenciales, modelos de imparcialidad, de nervio en el razonamiento y de buen sentido común y jurídico.

---

(1) *Le systeme judiciaire de la Grande Bretagne*, t. II.—París, 1893. —*(N. del A.)*

Porque entre nosotros se habla de estas materias y se forma opinión acerca de labor tan trascendental; pero, á la verdad, es harto inconcreto é indeterminado el concepto de imparcialidad exigido á los Presidentes, y por tanto, infundadas las críticas sobre casi todos los resúmenes presidenciales. No se excusa el Magistrado inglés de indicar formalmente su opinión, cuando lo cree necesario, en cuanto á puntos de hecho y cuestiones de derecho controvertidos en el juicio, comentando, según sus notas, los testimonios testificales y el valor de sus dichos, señalando lo que puede ser favorable á la defensa y los puntos falibles de la acusación; mas en lo que hace á la cuestión de la culpabilidad, es absolutamente imposible saber su pensamiento. Esta discreta reserva y su actitud durante los debates, apoyando por igual á las defensas y á las acusaciones, garantiza la imparcialidad más absoluta. El resumen resulta así un trabajo preciadísimo, porque el Magistrado lee sus notas tomadas minuciosamente durante las sesiones, expone con claridad admirable los hechos y los conceptos debatidos, y ocupa la atencion del Jurado largas horas, muy provechosas para la recta administración de la justicia (1).

Este solo recuerdo de la legítima importancia que en Inglaterra se concede al resumen presidencial y á la intervención del Magistrado en la dirección del Jurado, bastaría para combatir la afirmación de Manduca acerca de que allí el resumen no es un elemento necesario del procedimiento, y que en

(1) Los resúmenes presidenciales en Inglaterra duran largo tiempo. En los procesos de importancia, el Presidente lee todas las notas que ha tomado durante las sesiones, comentando el texto mismo de las palabras pronunciadas por cada testigo y el valor de su testimonio. Sobre todos estos puntos, así como sobre las cuestiones jurídicas, expone netamente su opinión. En un proceso célebre contra Lipski, los debates ocuparon dos audiencias (29 y 30 de Julio de 1887), ó sea catorce horas, deduciendo el tiempo del *lunch*. Los informes de los dos Abogados no llegaron á dos horas. El Presidente, Sir J. Stephen, había tomado sesenta páginas de notas, y su resumen se prolongó más de dos horas y media.—*Le systeme judiciaire de la Grand Bretagne*, par le Cte. de Franqueville. Tomo II, cap. XXVII.—París, 1893.

algunos casos los mismos jurados invitan al Presidente á que lo suprima por inútil. Lo que ocurre es que en procesos insignificantes, los jurados ni aun se retiran á deliberar. Los que ocupan el primer banco se vuelven á los inmediatos, y en breves minutos, el que preside pronuncia las frases clásicas *culpable* ó *no culpable*, pero nunca sin que el Juez de derecho haya resumido los debates. Y en cuanto á los asuntos graves, los jurados se retiran de modo general á la Sala de deliberaciones, y cuando regresan al Tribunal, el Secretario es quien demanda verbalmente el resultado de su acuerdo, que es lo que constituye el veredicto.

III.—La actualidad de la cuestión sobre la conservación ó no del resumen presidencial ante el Jurado, es evidente, toda vez que ni en las reformas iniciadas en nuestra ley procesal, ni en las que en las leyes extranjeras puedan realizarse, se ha pronunciado aún la última palabra.

Ya hemos indicado que tras de una detenida discusión en las Cámaras francesas, fué promulgada la ley de 19 de Junio de 1881, modificando el art. 336 del Código de instrucción criminal, y previniéndose que bajo pena de nulidad, después de terminados los debates, no pudiera el Presidente resumir los medios de prueba utilizados por la acusación y la defensa, limitándose á llamar la atención de los jurados sobre las funciones que están llamados á desempeñar, y entregándoles en el acto las cuestiones del veredicto. Ante el sistema procesal francés, en el que el Presidente es quien en realidad interroga y reconviene al procesado, examina á los testigos y dirige en forma inquisitiva el debate, la exigida imparcialidad, frente al convencimiento significado de modo indudable en la labor que precede al resumen, no sería otra cosa que una mentida ilusión, y al exponer los argumentos aducidos por las partes en pro y en contra del acusado, difícilmente quedaría en las sombras la opinión ya claramente revelada en el desarrollo del procedimiento oral. La supresión se imponía, ya que no más, en debido tributo á la seriedad de los actos judiciales.

Más persistente se nos ofrece la lucha de los abolicionistas en Italia. En la modificación de la ley del Jurado (1874), el resumen presidencial fué sostenido, pero la reforma presentada á las Cámaras en 31 de Mayo de 1880, los proyectos y enmiendas de Vigliani y Mancini, y la viva discusión sostenida en las revistas científicas por hombres tan prestigiosos como Pessina, Manduca, Carrara, Crispi y Lanza, ha permitido decir á Borsani y Cassorati, que en la primera revisión de la ley reguladora de los juicios ante las Cortes de Assises, el legislador italiano suprimirá un acto tan peligroso á la buena marcha de los procesos. El augurio no resulta hasta ahora cumplido, y algo influirá en la no supresión el que, á excepción de Francia, Bélgica y algunos Cantones suizos, todos los pueblos que poseen la institución del Jurado, sancionan el resumen y le otorgan su natural y trascendente importancia.

En Francia, aun después de la ley de 19 de Junio de 1881, si bien no pronuncia el Presidente discurso alguno relativo á la recopilación de las pruebas ofrecidas por las partes durante los debates, ni acerca de los puntos jurídicos expuestos á nombre de la acusación y de la defensa, se reconoce la trascendental misión del Magistrado que debe dirigir á los jurados en su ardua tarea, toda vez que antes de la deliberación le ordena la ley llame la atención de los jueces de hecho sobre la importancia de las funciones que están llamados á cumplir, y habrá además de fijarse en el sitio más visible de la sala de deliberaciones una alocución, que es suma y compendio de lo que oralmente pudiera con sumo acierto decir en su resumen el Presidente (1).

---

(1) Código de instrucción criminal, art. 342: Antes de comenzar la deliberación del Jurado, el Jefe de los jurados dará lectura de la siguiente instrucción, que en gruesos caracteres será además fijada en el lugar más visible de la Sala: «La ley no pide á los jurados cuenta alguna acerca de los medíos por los cuales se han convenido, ni les prescribe reglas de las cuales hagan depender la suficien-

La ley española ha conservado el resumen presidencial, aceptando sustancialmente en cuanto á su contenido lo dispuesto en el Código de instrucción criminal de Austria. El artículo 740 de la ley de 1872 era perfectamente armónico con la extensión de las facultades otorgadas al Jurado en cuanto á que en el veredicto resolvían, no sobre meros hechos, sino también acerca del nombre jurídico de tales hechos y de sus circunstancias.

Sustancialmente reproducía el art. 85 del Proyecto de reforma del Jurado de 1883 lo dispuesto en la ley de 1872, y finalmente, el 68 de la vigente ley nos parece sumamente adecuado á la estructura y naturaleza de las facultades en ella otorgadas á los jueces populares, quienes en su veredicto no definen el *nomen juris* del hecho, sino que afirman ó niegan elementos morales ó supuestos de hecho, de cuyas declaraciones deducen los Magistrados la calificación jurídica que en derecho sea procedente. Y en cuanto á la fórmula del contenido del resumen establecida en el art. 137 del proyecto de 31 de Octubre de 1901, la adición que en él se hace sobre la conveniencia de explicar el sentido de las preguntas, así como que el resumen subsiga á la lectura y definitiva redacción del interrogatorio, nos parece sumamente acertado.

IV.—Hemos indicado la necesidad de la conservación en la ley del Jurado del resumen presidencial, siempre que esta

---

cia de la prueba. Lo que el legislador les manda es que, interrogándose á sí mismos en el silencio y recogimiento de su conciencia, formen su convencimiento en la impresión que hubiesen recibido por las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de su defensa. La ley no les dice que tengan como cierto todo hecho testificado por tal número de testigos, por tal proceso verbal, tales indicios ó tales testimonios: ella sólo les demanda esta contestación, que es la síntesis de sus deberes: ¿tenéis una convicción íntima?...» —L. Tripier: *Codes Français*, 1894.—*(N. del A.)*

En el Código japonés, art. 452, esa alocución es sumamente extensa y constituye un verdadero resumen presidencial, que se reparte impreso á cada jurado al entrar á la deliberación. —*Ley del Jurado*, por D. Francisco de Asís Pacheco, 1888.—*(N. del A.)*

labor interesantísima sea la obra del Magistrado conocedor de las trascendentales funciones que la ley le encomienda en servicio de los sacrosantos intereses de la justicia.

Los abolicionistas han procedido con error combatiendo la afirmación de Helié, quien aseguraba que el resumen presidencial no tenía por fin único la verdad, porque si así ocurriese, fuera necesario que concediéramos al Presidente el derecho de determinar cuál es esa verdad, cosa que es privativa del Jurado, que en su veredicto la define de modo incontrovertible.

Claro es que el veredicto representa la *verdad legal* é integra aquella santidad de la cosa juzgada que excusa toda posterior discusión acerca de la certeza de las afirmaciones; pero distaríamos mucho de reconocer que jamás el error pueda informar el juicio de los jurados, y que la *verdad esencial,* aquello que es y no puede dejar de ser, constituya la nota invariable del juicio de los hombres, que no otra cosa es un veredicto. Equivaldría tal apreciación sobre los veredictos del Jurado, á reconocer que allá, en la prueba tasada, el testimonio de dos testigos contestes y sin tacha, no hubiera sido algunas veces la *verdad formal,* cuya esencialidad era un falso testimonio que abonaba la culpa ó la inocencia de los acusados. Miserable patrimonio del hombre es el error, el cual viene á su inteligencia y desvía su razón de la certeza, no siempre por obra de la malicia, sino también por ignorancia más ó menos excusable, ó merced á los movimientos afectivos que perturban la serenidad de nuestro espíritu, ó finalmente, por otros motivos bien conocidos que nos hacen incidir en lamentables y muy graves equivocaciones sobre la formación de nuestros juicios.

Lo que no puede sostenerse es que, sistemáticamente, neguemos al resumen presidencial el atributo de la verdad, y que, sin reserva de ninguna clase, se considere la certeza como condición inseparable de los veredictos del Jurado. La imparcialidad requerida en el Magistrado que preside ha de descan-

sar precisamente en aquella razón, fría en el discurrir, que se exterioriza en la exposición mesurada y tranquila de los hechos controvertidos, de tal suerte, que sin revelar el íntimo convencimiento, aparte á los jurados de una falsa dirección en su juicio; y no es posible ser imparcial, si quien pretende serlo se divorcia voluntariamente de la verdad, pues seguramente no requiriríamos en los actos propios de la vida social la mediación en la discordancia de opuestos intereses del hombre que no rindiese culto ferventísimo á la verdad, condición inseparable, por tanto, de todo resumen justo, y como justo, indiscutiblemente inspirado en la sinceridad de un espíritu por todo extremo tranquilo y superior á cualquier movimiento apasionado.

Estudiado el resumen presidencial ante el Jurado en cuanto á su finalidad en bien de la justicia, hay que convenir desde luego en la necesidad de que la labor presidencial es por todo extremo difícil en los dos puntos cardinales que todo buen resumen debe comprender, á saber: la parte que pudiéramos denominar expositiva de los hechos y sus pruebas, y la directiva del Jurado, que es sin duda la más trascendente y delicada.

La exposición, claro es, debe ser sobria y por todo extremo sintética. El procesado, los testigos, las acusaciones y las defensas han repetido durante los debates hasta la saciedad los hechos, y el Presidente, convertido en *mero repetidor*, como algunos tratadistas pretenden (1), sería un ejemplar más de los Magistrados que recordaba Manduca hacen dormitar á los jurados al arrullo monótono de su palabra insoportable. Aparte de ese riesgo de infructuosidad y de fastidio, la repetición, testimonio por testimonio, de las declaraciones rendidas en el juicio, es un serio peligro de la necesaria imparcialidad en quien las reproduce, porque con dificultad nuestra inteligen-

(1) *Ley del Jurado*, por D. Francisco de Asís Pacheco.

cia expone referencias de ajeno pensamiento, sin acomodarlas á su propio pensar, de tal suerte, que reunidas dos personas para referir lo que un tercero les contase, ninguna lo narra exactamente igual á como á ellas les fuera comunicado. Se impone, por tanto, una discreción exquisita en la exposición de las pruebas, huyendo del método analítico, y presentando tan sólo el hecho controvertido é indicando los medios de que las partes se sirvieron para su demostración.

Más trascendencia integra, sin duda alguna, la misión directiva del Presidente cerca de los jurados. El juicio humano sobre la realidad de un hecho no es obra, como algunos juradistas sostienen, de meras impresiones. Nuestra razón se demanda siempre á sí misma los llamados *motivos de juzgar*, ó sea, aquellas pruebas que en la labor intelectual nos van conduciendo desde las sombras de la duda, que es un estado absolutamente negativo en el intelecto, hasta la iluminación en nuestro espíritu por la luz vivísima de la evidencia, que nos permite poseer la certeza. Sólo entonces podemos afirmar el hecho, y afirmándole, formar el juicio, que contrastado ante el crisol de nuestra conciencia, resulta, no un juicio falaz y temerario, sino positivamente categórico, y como tal cierto.

Esos medios formales de convicción no son excusados en los erróneamente llamados juicios de conciencia, la cual nunca juzga hecho alguno, función privativa del raciocinio, hasta tal extremo, que nuestro sentido íntimo puede, por error no malicioso en la inteligencia, tranquilizarnos acerca de la certeza de un hecho no exacto y tal vez esencialmente falso. Lo que sí ocurre es que los medios de convicción, esto es, la *formalidad de la prueba*, no puede taxativamente establecerse en la ley, ni imponerse al ánimo de los jurados, quienes no por ello se excusan de demandar á su razón, en la reconcentración de sí mismos, el motivo de su convencimiento. Si así no fuese, el ritualismo probatorio resultaría tarea inútil, porque en nada ni para nada influiría en el juicio decisivo acerca de la culpa.

Y como la lógica es una ciencia y el Derecho procesal re-

quiere de ella sus más preciados cánones, el Presidente que con extremada sencillez no instruya á los jurados de esos inmutables principios sobre la formación del juicio en orden á la naturaleza típica de las pruebas aducidas, absteniéndose cuidadosamente de particularizarlas apreciando su validez, no cumple, á nuestro entender, con su más elemental obligación.

El recuerdo á los jurados de la importancia de sus funciones, que es también labor directiva, requiere en el Presidente una posesión de la verdadera elocuencia, arte maravilloso en el decir, que no consiste en el afeite retórico, en lo rebuscado de la frase, ni en el tópico vulgar y altisonante. La frase que inspírada en el corazón de un hombre sincero y desapasionado, brota de sus labios con fluidez y corrección, lleva en sus naturales inflexiones y en la simpática entonación del acento, aquella fuerza persuasiva y sugestionadora que impone á quien la escucha la convicción sincera que vive en el alma del orador, de igual manera que el actor que siente lo que dice, conmueve, sin histerismos ni desplantes rayanos en lo ridículo, al espectador, que con tan maravilloso procedimiento se identifica con aquél y saborea las grandiosidades del drama.

Y tan importante es esta parte del trabajo presidencial, que allí donde el resumen ha sido abolido, se ordena ese recuerdo de sus funciones al Jurado por el Presidente, y se sustituye con frías y siempre iguales proclamas escritas, el compendio sintético de lo que es y debe ser el juicio que el veredicto representa, y la manera de cumplir los Jueces su deber trascendental para con la justicia.

Varón bueno perito en el hablar, es, según el concepto escolástico, el molde típico del orador, y eso es bastante para que el resumen en labios de un Magistrado digno de tal nombre, sea conservado en la ley como garantía de mayor acierto en la labor del Jurado. De cuyas afirmaciones pudiera deducirse, como incontrovertible apotegma, que más bien que discutir sobre la supresión en lo futuro del resumen presidencial, hay que pensar seriamente en que labor tan extraordinaria se

encomiende á quienes por naturales, aunque no comunes condiciones, puedan soportarla sin decaimiento en el ánimo, ni flaquezas en la voluntad; que no todos los hombres por inteligentes que sean sirven para todo, ni la actividad humana se desarrolla en un campo ilimitado y sin horizontes bien conocidos.

P. González del Alba,
Magistrado de la Audiencia de Madrid.

# PRESUNCIÓN DE MUERTE

**Crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

Una de las instituciones jurídicas que el vigente Código ha regulado con completa independencia, puede decirse, de nuestras leyes antiguas, es la de la ausencia, porque tanto ellas como las romanas, fuentes de nuestra legislación de Partidas, apenas se habían ocupado de tal institución. El Código se ha inspirado en las disposiciones del Proyecto de 1851 y del Código de Napoleón.

En el actual trabajo nos proponemos estudiar la solución que debe darse á una laguna importante que se nota en aquel cuerpo legal: la fecha en que ha de fijarse la muerte del ausente; cuestión distinta de la fecha en que se puede declarar la presunción de muerte, porque si bien ambas pueden coincidir, también pueden ser diferentes, como lo son en el Proyecto de 1851 y en el Código francés.

Dadas las disposiciones de nuestro Código, forzosamente es preciso elegir entre considerar muerto al ausente el día en que se hace firme la sentencia en que se declara su muerte, según el art. 183; considerarle muerto cuando se cumplen treinta años de ausencia ó noventa desde su nacimiento, según el artículo 191, ó, por último, retrotraer la fecha de la muerte al día en que se han recibido las últimas noticias ó desapareció, según el sistema adoptado por los antecedentes legales á que hace poco hicimos referencia, y de donde ha tomado nuestro Código todos ó casi todos sus preceptos sobre ausencia.

Suponiendo un examen poco profundo de los artículos del Código, el sistema que desde luego parece imponerse es el primero, dada la redacción del art. 193, pues ordena que *declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente.* Las palabras *abrirse una sucesión* tienen un sentido preciso y claro, pues expresan el momento en que el heredero adquiere derecho á la herencia, que es el mismo de la muerte del *de cujus*, según los arts. 657 y 661. Véanse, además, los arts. 196 y 1049, que emplean la misma frase, y se adquirirá la certeza de que en tal expresión no hay ambigüedad alguna.

Son de tal peso, no obstante, los argumentos que pueden hacerse á la interpretación literal del artículo, que esa interpretación debe ser rechazada. Desde luego resulta en oposición la consecuencia con la presunción de donde se deriva, porque si esta existe desde el momento en que el ausente ha cumplido noventa años ó desde treinta después de su desaparición, no se concibe que su muerte sea posterior. La ley se pondría en contradicción con la misma presunción que establece y con todo el sistema de la sucesión por causa de muerte, resumido en los citados artículos. Por otra parte, se prestaría al abuso de que, dilatando un litigante el pronunciamiento de la sentencia ó entablando una apelación una vez dictada, podría alterar la persona del heredero, pues éste tendría siempre que existir en el acto que la sentencia se hiciera firme. Más argumentos aun podrían aducirse, que expondré al combatir el segundo sistema, porque en realidad se aplican á ambos.

El Tribunal Supremo, en sentencias de 8 de Marzo de 1899 y 9 de Julio de 1902, sienta la doctrina, que la fecha de la muerte debe fijarse por el transcurso de treinta años desde la desaparición del ausente, según el art. 191 del Código, y no cuando la sentencia declaratoria se hace firme. Esas sentencias han recaído en casos en que aparecían en oposición los dos primeros sistemas. Estamos conformes con la solución dada por el Tribunal, no admitiendo como fecha de la muerte la de

la sentencia, pues tal interpretación nos parece la menos defendible; pero creemos que la verdadera solución no es la que el alto Tribunal consagra, sino que la fecha de la muerte debe retrotraerse al momento de la desaparición del ausente ó á la fecha en que se han recibido las últimas noticias. Como este nuevo aspecto de la cuestión no se ha presentado á la resolución del Tribunal, puede decirse que sobre él nada se ha declarado. Veamos las razones que pueden invocarse en favor de la tesis que defendemos.

Á tenor de lo dispuesto en el art. 195, la persona cuya existencia no estuviere reconocida es incapaz de adquirir un derecho, y según el siguiente, 196, si esa persona estuviere declarada ausente, la sucesión que se abriera, y á la cual fuera llamada, acrecerá á sus coherederos si no hay quien por derecho propio pueda reclamarla. Dados estos antecedentes, podemos formular la regla que para heredar á otro, el ausente se presume muerto en el momento en que su existencia deja de ser conocida.

Esto sentado, la lógica y la consecuencia exigen que para transmitir su propia herencia se presuma muerto el ausente también cuando dejan de tenerse noticias del mismo, ó lo que es lo mismo, retrotraer los efectos de la sentencia declaratoria de muerte á aquel día, porque de otra manera tendremos al ausente muerto y vivo á la vez: muerto, para adquirir herencia; vivo, para no transmitir la suya. Se comprende el sistema de nuestras leyes antiguas, que suponían al ausente vivo para todos los efectos hasta una época dada, y muerto también para todos ellos desde la misma (1); se comprende el sistema del Proyecto de 1851 y de su patrón el Código de Napoleón, que le suponen muerto para todos los actos desde las últimas noticias ó desde su desaparición; pero es inexplicable que se elija

(1) Sobre el derecho anterior al Código, véanse las sentencias de 15 de Marzo de 1892 y 9 de Marzo de 1897: esta última aplica también el Código en virtud de la regla 12 transitoria.

un sistema ecléctico, porque equivale á declarar vivo y muerto á la vez al ausente, equivale á ponerse el Código en contradicción consigo mismo. En resumen: si para adquirir se presume muerto el ausente desde que desapareció, desde esta misma fecha se le debe suponer muerto para transmitir su propia herencia.

Si de las anteriores consideraciones pasamos á examinar las disposiciones de la ley, se nota que el art. 185 en su número 2.º autoriza á los instituídos en testamento á pedir la declaración de ausencia Llama la atención que se les conceda ese derecho, cuando suponiendo prolongada la ausencia, ese testamento no ha de producir efectos hasta veinticinco años después, en el caso que los herederos instituídos vivan en tal época. Más llama aún la atención, que se atribuya el mismo derecho *á los parientes que hubiesen de heredar abintestato*. Si al pedirse la declaración de ausencia ya se conocen los parientes que han de heredar abintestato, evidentemente su muerte presunta tiene que retrotraerse, por lo menos, á la fecha de la petición. Este artículo, pues, es incompatible con el sistema que el alto Tribunal consagra.

Quizá se objete que el art. 185, al autorizar la petición de declaración de ausencia á los herederos testamentarios ó abintestato, califica de tales á los herederos *presuntos* en el momento de la petición; pero aparte de que el tenor literal del artículo riñe con tal interpretación, el Código bien sabe calificar con perfecta claridad tales herederos de presuntos con relación á un tiempo dado cuando á ellos se refiere, y buena prueba de ello es el art. 1335. El sistema que combatimos encuentra un obstáculo grave en el artículo citado.

Es de notar además, que si la solución acogida por el Tribunal Supremo fuera la legal, resultaría inexplicable que el citado art. 185, refiriéndose á un momento en que aun no se ha realizado, ni ha de realizarse nunca la sucesión según la doctrina que impugnamos, hable de herederos del difunto, y, por el contrario, no los mencione en el art. 191, en cuyo ar-

tículo estaban indicados, dado que era el momento en que heredarían. Según nuestra solución, el proceder del Código es perfectamente explicable, una vez que en el momento de la petición, se sabe con toda seguridad los que serán herederos de prolongarse la ausencia, y ni había necesidad de repetir tal enumeración en el art. 191, ni debía hacerse, ya que por el tiempo transcurrido, lo probable es que la declaración de muerte se haga ó no á instancia de los herederos primeros, sino de los herederos de éstos ó quizá de otros sucesores posteriores.

Si pasamos á examinar el precepto del Código, que se puede invocar como consagrando la regla de que la fecha de la muerte está determinada por la existencia de la presunción, es indudable que ese precepto no puede ser otro que el contenido en el art. 191, porque el art. 193 consagraría en todo caso como fecha de la muerte la de la sentencia, pero para dar aquel alcance al artículo primeramente citado, se tropieza con el inconveniente de que ese artículo está copiado casi á la letra del art. 322 del Proyecto de Código de 1851 (1); y como ese proyecto establecía explícitamente el sistema que aquí defendemos, resultaría muy extraordinario que el Código vigente desechara tal solución, y para desecharla, fuera á copiar un artículo del Proyecto de 1851 que obedecía precisamente á un sistema distinto. Dado el origen del art. 191, no puede establecer la regla de que la muerte se tiene por ocurrida á los treinta años de la desaparición del ausente ó noventa de su nacimiento.

Por otra parte, es preciso fijarse en que la presunción de muerte no envuelve como consecuencia que el ausente se presuma muerto precisamente en el momento en que la presunción nace. Una presunción legal está justificada cuando, por una parte, es conveniente al interés público, y por otra está

(1) Dice así el art. 322 del Proyecto: «Pasados treinta años desde la desaparición del ausente, y desde que se recibieron las últimas noticias de él, ó ciento desde su nacimiento, el Tribunal, á instancia de las partes interesadas, declarará la presunción de muerte.»

conforme con lo que ocurre en la generalidad de los casos. Bajo este punto de vista, quizá no haya en todo el Derecho otra presunción más legítima que la de presunción de muerte, pues además de ser indispensable que algún día se considere muerto al desaparecido, es conforme á la realidad que, una vez transcurrido el plazo de treinta años ó noventa desde el nacimiento sin recibir noticias de él en un lugar en que ha dejado bienes y generalmente parientes, y después de la publicidad que se da á la declaración de ausencia y de presunción de muerte, considerar ese fallecimiento como real y efectivo, y, probablemente, de cada cien casos no estará vivo en uno solo el interesado. Pero lo que es absolutamente improbable, y está en completo desacuerdo con los hechos, es suponer muerto al desaparecido en el día que se han cumplido los treinta años de ausencia, ó que ha cumplido noventa de edad. Hay seguridad de que ha muerto, pero el momento en que esa muerte ocurrió ni se sabe ni hay medio de calcularlo con la menor probabilidad. En resumen: los hechos, la realidad, la naturaleza de las presunciones legitiman la presunción de muerte, pero no legitiman ninguna fecha que á esa muerte se fije. El Código no puede razonablemente decir lo que se supone que dice. Si examinamos el tenor literal del artículo referido, vemos que el legislador no autoriza al Juez más que á declarar la presunción de muerte; pero esa *declaración* no envuelve como consecuencia que la muerte haya ocurrido en la misma fecha en que la presunción existe, y la prueba está en que las mismas palabras emplea el art. 322 del Proyecto, y no obstante, la fecha de la muerte se presumía distinta. La interpretación que combatimos sólo se legitimaría en el caso que, examinados todos los preceptos del Código que directa ó indirectamente se refieren á la presunción de muerte, ni ellos ni los principios generales nos permitieran dar solución á la dificultad; como alguna fecha habría que fijar al fallecimiento para diferir los derechos sucesorios, diríamos que ya que el legislador ni explícita ni implícitamente fijaba fecha alguna,

nos autorizaba á hacer coincidir la fecha de la presunción legal con sus consecuencias; pero el caso no es ese, porque hay datos en el Código que nos permiten afirmar cuál es la voluntad y el sistema del legislador. Realmente, la opinión que combatimos no tiene á su lado más que el derecho antiguo; pero el derecho antiguo no puede invocarse, porque obedecía al sistema de considerar vivo para todos los efectos al ausente mientras no se declaraba su muerte, y en el actual hay dos preceptos, los de los arts. 195 y 196, que de una manera indudable nos demuestran que ese sistema ha sido abandonado en el nuevo cuerpo legal.

Concretando nuestra argumentación, diremos que el artículo 191 no dice ni puede decir lo que se le atribuye. No puede decirlo, porque está copiado de un proyecto que obedece á otro sistema; no puede decirlo, porque la presunción de muerte no autoriza á señalar fecha alguna á esa muerte, y además, de hecho, al autorizar al Juez para que declare la muerte, no le autoriza para que haga declaración sobre la fecha de ella.

¿Cómo se explica que el Código haya suprimido el precepto del Proyecto, que en su art. 323 decía terminantemente que los bienes se entregaran á los herederos presuntos al tiempo de la desaparición ó de las últimas noticias? Es fácil, á nuestro juicio, explicar ese hecho que á primera vista es incomprensible, una vez que se conservaba el mismo sistema del Proyecto de 1851. Este, lo mismo que el Código francés, establecía en cuanto á los bienes del ausente una posesión provisional y una definitiva, aquélla en cuanto se declaraba la ausencia, que se convertía en definitiva al declararse la muerte. Tal sistema tenía el grave inconveniente de suscitar multitud de cuestiones y dificultades en la posesión provisional, y además el de dividir los bienes del ausente y la representación de éste, de manera que el sistema más bien parecía establecido para favorecer los derechos de los sucesores, que no los intereses del ausente. El nuevo Código evita todos esos inconvenientes suprimiendo la posesión provisional, y aun

puede decirse que suprime la definitiva, porque la posesión que obtienen los sucesores no es más que una consecuencia del derecho de herencia. Pero como en el Proyecto de 1851 la retroacción de los derechos de los herederos se declaraba con motivo de aquella posesión (véanse los arts. 318 y 323), al suprimirse la posesión definitiva y provisional, se suprimió el precepto que establecía la retroacción. Esto no quiere decir que la muerte del ausente se suponga acaecida en otro momento, ya porque no se concibe que si se quisiera variar de sistema en cuanto á ese extremo, no se hubiera dicho expresamente, ya porque toda la economía de los preceptos sobre la ausencia nos conduce á la solución que defendemos.

Concretando en principio los dos sistemas, el de la retroacción puede plantearse de la manera siguiente. Para adquirir derechos es preciso ser sujeto de ellos, condición que está íntimamente unida á la existencia de la persona, y como el que desaparece ó está declarado ausente es dudoso que exista, de aquí que, según los arts. 195 y 196, sea incapaz de heredar. Pero si se precisa existir para adquirir derechos, la misma condición es necesaria para retener ó gozar los ya adquiridos, y por tanto, la sucesión del ausente debe retrotraerse al momento en que desapareció ó de él se han recibido las últimas noticias. Ambas soluciones son consecuencia de un mismo principio, sin más diferencia que durante el período de incertidumbre que sigue á la desaparición, cuando se trata de adquisición, los bienes van á los coherederos, y en el otro, á un administrador; pero esencialmente la solución no varía.

El otro sistema que supone fallecido al ausente cuando nace la presunción de muerte, puede defenderse así. Todo aquel que reclama un derecho debe probarlo, y de aquí que no pueda heredar aquel que ha desaparecido ó esté declarado ausente, casos á que se refieren los dos artículos citados 195 y 196; pero cuando alguno reclama la herencia propia del que está en esas condiciones, el caso varía, porque según el principio enunciado, debe probar su muerte, y como no puede

hacerlo hasta que la presunción exista, es natural que en ese momento se suponga acaecida la muerte. Pero para suceder á una persona debe probarse no sólo la muerte, sino el momento en que ésta ocurrió, art. 657 del Código, y nos parece poco lógico el precepto que subordina la adquisición de un derecho, á la prueba de un hecho que no puede probarse ni aun por una remota probabilidad (1).

El Código civil no nos dice *in terminis* en qué momento debe considerarse que falleció el ausente; pero los arts. 195 y 196, por una parte, nos dicen que ese momento no debe ser otro que la fecha de la desaparición ó de las últimas noticias; y el art. 185 lo confirma, porque si al pedirse la declaración de ausencia ya se conocen los herederos testamentarios ó abintestato, no hay razonablemente otra época á que pueda referirse.

---

(1) Bajo el punto de vista de práctico, tampoco puede dudarse acerca del sistema que es preferible: basta notar que habiendo testamento, si suponemos muerto al ausente cuando nace la presunción, la mayor parte de las disposiciones resultarán inútiles, porque los favorecidos habrán ordinariamente muerto antes que el testador.

MANUEL CALDERÓN,
Registrador de la propiedad.

Ferrol, Febrero de 1904.

# REVISTA DE REVISTAS JURIDICAS

## ESPAÑOLAS

### El Foro Español.

(Núm. 216, Madrid.)

José García Romero de Tejada: *Condena de costas.*—Señala el articulista el despego y apartamiento que, en general, demuestran todos hoy cuando de acudir á los Tribunales se trata. Descarta lo costoso de los pleitos encarecidos por la Hacienda, y más encarecidos con los honorarios, derechos y gabelas de los auxiliares, que aun módicos en el Arancel, llegan á importar crecidas sumas. Dice que la cuestión que ha llegado á ofrecerse insoluble en todas las contiendas litigiosas, es la de las costas. Estima como consecuencia lógica, la condena de costas impuesta al litigante que litigó sin razón; pero cree que en la mayoría de los casos, la parte que obtuvo el triunfo se prevale de él para abrumar al vencido con exageradas exigencias. No faltan, sin embargo, Letrados, aunque serán muy contadas como honrosas las excepciones, que al extender la minuta de honorarios, no ponen mayor partida cuando hay condena de costas.

Merece esto que se le preste alguna atención, porque afecta al buen nombre de los Tribunales. Si la imposición de costas tiene el concepto y calificación de pena, justísimo es que sea graduada prudentemente, según los casos y las circunstancias; «y conferida esa facultad al Tribunal sentenciador, el fin moral de la sanción se obtendrá de seguro modo», y el mal, dice el articulista, tendría racional curación, definitivo término. Sigan imponiéndose las costas en cuantos casos se estime procedente, pero facúltese al Tribunal, una vez hecha la tasación, para fijar lo que debe abonar el condenado. De este modo podría ser graduada la pena en relación á la temeri-

dad demostrada, pues el Tribunal tendría en cuenta la cuantía y condiciones del asunto, y conociendo el trabajo y celo desplegado por Letrados y auxiliares, y la ejemplaridad que tal pena había de producir, coronaría, con una resolución más, su obra de justicia.

(Núm. 218.)

ANTONIO BERGALI: *Reforma necesaria.* «El art. 505 de la ley de Enjuiciamiento civil.»—Cree el articulista que el art. 505 de la ley citada debiera ser redactado así: «Art. 505. La presentación de documentos de que habla el artículo anterior, cuando sean públicos, podrá hacerse por copia simple si el interesado manifestase que carece de otra fehaciente; pero no producirá aquélla ningún efecto si durante el término de prueba no se llevase á los autos una copia del documento con los requisitos necesarios para que haga fe en juicio; debiendo acompañarse asimismo á dicha copia simple una certificación expedida por quien corresponda, ó la oportuna carta de pago en que conste haber satisfecho á la Hacienda, el acto ó contrato á que se refiere, el impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, ó que se halla exceptuado del mismo; y otra certificación del Registrador de la propiedad en que se acredite la inscripción, á los efectos del art. 396 de la ley Hipotecaria, en los casos en que aquélla sea necesaria, dada la naturaleza jurídica de la acción que se deduzca, sin cuyos requisitos no será admitida la demanda ó constetación. También se exigirán los mismos documentos cuando se produzca la segunda copia de una escritura con cualquiera de los expresados escritos. Las certificaciones á que se refiere este artículo serán libradas por los respectivos funcionarios, dentro del tercero día, á contar desde el siguiente al en que fueren solicitadas.» Lo que se pretende conseguir con esta reforma no necesita explicación para ser comprendido, pues ella misma se explica.

***

## Gaceta del Notariado.

(Núm. 2.º, 1904. Madrid.)

UN NOTARIO: *Excedencia voluntaria.*—Existe ésta para Magistrados y Jueces, etc., pero no para los Notarios: El articulista cree que debe también concederse á éstos, y estima que todos los Notarios deben acudir en súplica al Ministro de Gracia y Justicia, á fin de obtener la concesión de la excedencia voluntaria.

(Número 6.º)

La Redacción: *Reseña de las cédulas personales en las escrituras públicas.*—¿Las equivocaciones y omisiones, al reseñar en una escritura las cédulas personales de los otorgantes, equivocando el número de una de ellas, omitiendo reseñar la de otro otorgante, y admitiendo á otro una cédula del año anterior, no obstante que con estas equivocaciones y omisiones en nada se altera la parte sustancial del documento ni se causa perjuicio á nadie, pueden ser causa de un delito de falsedad cometido en instrumento público?

Para contestar á esta pregunta es necesario comenzar por distinguir entre el fondo y la forma del instrumento público. Aun habiendo faltas á la ley en el uso de la cédula personal, queda el fondo del acto completamente libre de aquéllas. Mientras no se pruebe la intención culpable: por ejemplo, la de hacer aparecer como mayor de edad al que no lo es, por no tener cédula ó tenerla expresiva de su menor edad, si el otorgante resulta con capacidad para el otorgamiento, la mera equivocación ó la no reseña de la cédula, cosas son que no pueden servir de base á un procedimiento ante los Tribunales. La equivocación del número de la cédula, mientras no se varíe la clase, á nadie perjudica, porque todas las de la misma clase satisfacen igual cantidad al Tesoro. El citar cédulas que no correspondan al ejercicio corriente, tampoco puede dar lugar á responsabilidad, si se hace constar que las cédulas del ejercicio corriente no han sido puestas á disposición del público... Los Notarios, sin embargo, deben proceder cuidadosamente á la inspección de las cédulas, porque si las equivocaciones, en cuanto á esto se refiere, no pueden ser causa de responsabilidad penal, podrían, sí, ser motivo de molestias y aun amenazas de responsabilidad civil.

***

## Revista de los Tribunales.

(Núm. 3.º, 1904. Madrid.)

Rafael María de Labra: *Los tratados internacionales contemporáneos.*—Los del siglo XIX pueden dividirse en distintos grupos: por sus diversos fines y diferente sentido, y por la participación que en ellos han tenido las Naciones que dirigen el mundo político. Destácanse entre esos grupos, los que, sin tener un fin predominantemente político y geográfico, responden á intereses generales de la humanidad y se determinan en el sentido de humaniza-

ción de la guerra, el afianzamiento de la libertad personal y la extensión del Derecho civil por cima de las fronteras.

En este orden merecen especial mención: las Conferencias de Ginebra, de 1864; San Petersburgo, 1868; Bruselas, 1874 y 1890; Madrid, 1880; Berlín, 1885; el Congreso de Derecho internacional privado, de Montevideo, 1888; la Conferencia de la Paz del Haya, 1899, y la de Derecho civil del Haya, de 1893 á 1900.

La Convención de Ginebra tuvo el doble fin de mejorar la suerte de los heridos en campaña, y de garantizar á los que dedican sus cuidados á esos heridos. Tratóse en Ginebra de establecer reglas para la guerra marítima lo mismo que para la terrestre, pero sólo se consiguió establecerlas para la terrestre. A ésta se refieren los diez artículos que constituyen el acuerdo de 22 de Agosto de 1864. Pero en cuanto éste fué ratificado, comenzó en Europa una campaña en favor de la aplicación de sus principios á las guerras marítimas, siendo consecuencia de esa campaña, la reunión en Ginebra, 1868, de los representantes de los diversos Estados, firmantes del Convenio de 1864. De esta reunión resultó un Proyecto, firmado por catorce Estados.

En 1874 se reunió en Bruselas la Conferencia para tratar de las leyes generales de la guerra, y alguien procuró que se discutiera y aprobara el Proyecto de Ginebra de 1868. Pero la mayoría de los Delegados afirmaron su incompetencia.

La Conferencia de San Petersburgo de 1868 tuvo por fin la reglamentación del uso de las balas explosivas. El Gobierno ruso fué el iniciador de esta conferencia, de la cual salió la declaración de 11 de Diciembre de 1868, en favor de renunciar al uso de todo proyectil inferior á 400 gramos, ó que sea explosible ó esté cargado de materias fulminantes ó inflamables. Pero la declaración contiene un artículo final por el que las Potencias signatarias se comprometen «á entenderse ulteriormente cuantas veces se formule una proposición precisa, en vista de los perfeccionamientos que la ciencia aporte sobre el armamento de los ejércitos y de modo que puedan conciliarse las necesidades de la guerra con las leyes de la Humanidad».

La Conferencia de Bruselas, 27 de Julio á 27 de Agosto de 1874, se refirió á las leyes generales de la guerra, en el sentido de las «Instrucciones que para el gobierno de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña», redactó Lieber, bajo la presidencia de Lincoln. Los Gobiernos europeos no sancionaron los acuerdos de 1874, quedando éstos sólo con su puro valor moral y con el carácter de simples declaraciones hasta 1900.

Los acuerdos antes aludidos han logrado últimamente una consagración bastante satisfactoria. Se la ha dado la Conferencia Internacional de la Paz, del Haya, de 1899. De esa Conferencia salieron los dos Convenios que, con la ratificación del Gobierno español, aparecieron en la *Gaceta de Madrid* de 22 de Noviembre de 1900, y que firmaron, en 29 de Julio del año anterior, los representantes autorizados de veinte Estados europeos, cuatro asiáticos y dos americanos.

Esos dos Convenios—que con un tercero relativo al *arreglo pacífico de los conflictos internacionales,* constituyen la obra total de la célebre Conferencia del Haya—ratifican: el uno explícitamente los «principios del Convenio de Ginebra de 22 de Agosto de 1864», pero extendiéndolos á la guerra marítima; y el otro, el espíritu y aun la letra de buena parte de las resoluciones de la Conferencia de Bruselas de 1874, á cuya *generosa y sabia previsión* rinde el aplauso merecido.

Este último Convenio ofrece algunas particularidades. Las partes contratantes se limitan en él á obligarse á dar á sus fuerzas armadas de tierra, instrucciones de acuerdo «con el reglamento relativo á las leyes y costumbres de la guerra terrestre», anejo al Convenio, y en el cual no se comprende todo lo que se había proclamado veinticinco años antes en Bruselas. En ese Convenio se establece que sus preceptos sólo serán obligatorios para las Potencias contratantes en una guerra entre dos ó más de ellas. Cesará el carácter obligatorio de lo acordado, en el caso de que en una guerra sostenida por Estados contratantes entrara otro que no lo fuera.

***

NUEVA REVISTA.—Hemos tenido el gusto de recibir el número primero de la revista *La Reforma Jurídica*, de Almería.

JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ.

Granada, Febrero 1904.

# HISPANO-AMERICANAS

## Revista del Foro.

(Núms. 7 y 8, Julio y Agosto 1903, Habana.)

LA REDACCIÓN: *Jurisconsultos cubanos.*—Manuel González del Valle.

OCTAVIO AVERHOFF: *El art. 1872 del Código civil.*—Hace constar el articulista que su trabajo, que bien puede ser calificado de notable, fué escrito antes de dictarse la Resolución de la Dirección general de los Registros, de España, de 12 de Julio de 1901 y la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1902. Cree, de acuerdo con estas resoluciones, aunque escribió antes de que fueran dictadas, que el art. 1872 del Código civil debe ser aplicado á la hipoteca, cuando medie estipulación expresa; y que, aun en el caso en que no hubiese mediado estipulación expresa entre las partes contratantes, si no hubiese postor en la segunda subasta, debería adjudicarse al acreedor la finca hipotecada.

J. M. BARRAQUE: *Reformas en el Notariado.*—Refiérese el articulista á un proyecto de ley, presentado en la anterior legislatura á las Cámaras de Cuba. En ese proyecto se advierte la tendencia á reducir, en lo posible, la extensión de las escrituras. Sobre esto contiene el proyecto dos artículos: por uno se suprimen cuantos preceptos existen en la ley Hipotecaria, en la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos, y en otras leyes especiales; preceptos que disponen se consignen en las escrituras lo que se denomina *advertencias* y *reservas legales;* y por otro se derogan los artículos de la citada Instrucción, que establecen el deber de copiar *literalmente* la escritura de hipoteca en los instrumentos de cesión ó de subhipoteca. En lo que á esto se refiere, el articulista cree que se debe ir más lejos, suprimiendo la expresa declaración acerca de la capacidad de los otorgantes y la obligación de dar fe «de haber leído á las partes y á los testigos la escritura íntegra, ó de haberles permitido que la lean...», porque esos requisitos, como los suprimidos por el proyecto de ley, sólo sirven para dar más extensión á la escritura pública.

Por otro artículo del referido proyecto de ley se establece que los Notarios autorizarán todos los instrumentos públicos *inter vi-*

*vos* sin necesidad de la presencia de testigos, siempre que den fe de conocer á los otorgantes. El articulista estima que en este punto sobresale más que en ningún otro el recto y elevado sentido práctico del proyecto de ley. El testigo instrumental ha sido suprimido, por innecesario, en Francia. Es el Notario, por sí solo, testigo de mayor excepción: «depositario de la fe pública, hombre de verdad legal; confianza del Estado y de los intereses públicos; funcionario de la Administración que no miente, á quien no es dado mentir, necesita, empero, de dos centinelas de vista que atestigüen con él sus actos, y que, no obstante, no gozan de prestigio legal de ningún género...» Los testigos instrumentales, casi nunca, por lo menos, son tales testigos, en el sentido que ha inspirado la ley. El testigo es un ente inútil, perfectamente innecesario en las escrituras, porque rara vez firma en el mismo acto con los otorgantes.

Otro artículo del proyecto de ley, que estudia el autor del trabajo que extractamos, se ocupa de regular la custodia y conservación de los protocolos, disponiendo á ese fin que todos ellos pasen al Archivo desde el momento que ocurra la vacante de una Notaría; disposición acertada y que será de utilidad práctica.

Bien parece al articulista la disposición de la futura ley, que reduce á veinte el número de Notarías en la Habana, y entiende que mientras menos sea el número de éstas, mayores y más eficaces serán las garantías de la contratación en general.

ESCIPIÓN SIHELE: *El despotismo de la mayoría y la psicología colectiva.*

LA REDACCIÓN: *Ley orgánica del Poder judicial.*—Información ante la Comisión de Códigos de la Cámara de representantes.

LA REDACCIÓN: *Sección de jurisprudencia.*—I. Prescripción de la acción para cobrar réditos de censos. Sentencia del Tribunal Supremo, de Cuba, de 31 de Octubre de 1903, que declara que la mencionada acción está comprendida en el art. 1966 del Código civil, que establece la prescripción, por el transcurso de cinco años, de la acción para exigir el cumplimiento de cualquier pago que deba hacerse por años ó en plazos más breves: Otra sentencia del Tribunal Supremo, de España, de 31 de Enero de 1903.—II. Nulidad de una desvinculación de capellanía eclesiástica.— III. La emancipación por el matrimonio. Art. 317 del Código civil.

ENRIQUE JOSÉ VARONA: *La función de las Universidades.* Discurso leído en la apertura del curso académico de 1903 á 1904 en la Universidad de la Habana.

*Nulidad de un testamento.* Consideraciones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de España de 25 de Noviembre de 1902. Trabajo tomado de la *Gaceta del Notariado Español.*

ANTONIO L. VALVERDE: Consulta. Rescisión de una partición. Derechos de los hijos naturales, en concurrencia con herederos voluntarios y legatarios.

P. GONZÁLEZ DEL ALBA: Doctrina del Tribunal Supremo de España sobre la codelincuencia y la complicidad en los delitos. Trabajo publicado en esta REVISTA (1), reproducido íntegramente por la *Revista del Foro.*

— Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de Cuba. Delitos de imprenta. Notas bibliográficas.

***

## Revista Judicial.

(Núm. 13. 1.° de Noviembre, 1903. San Salvador.)

*Sumario:* Poder legislativo.—Poder judicial.—Sentencias.

FRANCISCO OCHOA: *La misión del defensor de los acusados.*—«No militan sólo los que están armados de espada, escudo y coraza, sino también los Abogados. Militan, en verdad, defendiendo con elocuencia y talento los derechos de los que sufren, y salvan las vidas de sus clientes y de sus hijos.» León y Antenico Augustos, Código 1, 2 b., 7 Const. 14. La defensa es de derecho natural, según ha enseñado Dios mismo. Sin el derecho de defensa, ejercido amplia y libremente, la justicia penal no es justicia: es opresión. No es el derecho de defensa un derecho sólo del acusado, sino también de la Sociedad, porque á él van unidos sus más grandes intereses; pues la condenación de un inocente es para ella una desgracia mucho mayor que para el mismo condenado.

La pena no es sino la justa represión que la Sociedad se ve obligada á imponer al que vulnera sus fueros y prescripciones; y si para que esa pena sea justa debe ser proporcionada á la gravedad del delito, indispensable es convencer al reo de su crímen y oir su defensa. La intención del delincuente, los móviles y propósitos que determinaron la acción, las circunstancias de toda clase que acompañaron su ejecución, estudiadas deben ser cuidadosamente. La Sociedad sólo tiene interés en castigar á los verdaderos reos y en la medida de sus

(1) Véase el tomo 102, pág. 64.

delitos. De ahí que deba proceder con las precauciones necesarias para asegurar la verdad y justicia de sus fallos.

La audiencia y defensa de los acusados tiende á darle esa seguridad, porque contribuyen al esclarecimiento de los hechos y á la aplicación cumplida del derecho.

«La defensa de los reos, escudo tutelar de la inocencia, salvaguardia de los acusados, constituye, en consecuencia, uno de los más graves é importantes deberes del Abogado, y ejercida noble y dignamente, una de las más hermosas preseas, de las más honoríficas ejecutorias de la profesión. El defensor de un reo, ha dicho Sanojo, ejerce una magistratura de la mayor importancia. Su deber es contribuir á la averiguación de la verdad para evitar que peligre la inocencia...»

¿Está obligado el Abogado á aceptar la defensa de todo criminal, aun hallándose convencido de que es culpable? Como la defensa es de derecho natural, todo reo debe tener quien lo defienda. No sucede lo mismo en los juicios civiles. En ellos puede la ley respetar, hasta sus justos límites, la conciencia del Abogado. Cita el articulista lo que dispone la ley de Enjuiciamiento civil de España acerca de la defensa del declarado pobre. Después dice: «Empero, en los juicios criminales, es obligatoria la aceptación del cargo de defensor».

Según el art. 162 del Código de Enjuiciamiento criminal venezolano, los defensores de los reos, si no les está prohibido serlo, sólo pueden excusarse de aceptar el cargo en los casos determinados por la ley, ó por impedimento grave, á juicio del Tribunal...

¿Cuál es la misión del defensor de los acusados? ¿Qué condiciones deben caracterizar el ejercicio de ese cargo? La misión no puede ser otra que la de abogar por su defendido y hacer valer en su favor todo aquello que le favorezca, pero dentro de los límites de lo verdadero y de lo justo. Las condiciones que ha de desplegar, son: ciencia, probidad, desinterés, moralidad é independencia.

Aunque la defensa es derecho natural, aunque el derecho de defensa es sagrado, no debe olvidar el Abogado que ese derecho está limitado por la verdad y la justicia, y que, por lo tanto, su misión no consiste en hacerse aliado del crimen y tratar, de salvar al criminal valiéndose de toda clase de medios. «Adulterar los hechos, hacer perjurar, por medio de repreguntas insidiosas y arteras, al testigo que depone la verdad, emplear el sofisma, acudir al soborno y al cohecho, son recursos inmorales y reprobados siempre en un Abogado. Por encima de todo interés están el honor profesional, la probidad, la conciencia...» Puede, á veces, reconocer el defensor la verdad de un principio y exponer al propio tiempo los argumentos que

existan en su contra, pues esos argumentos, que á él no le convencen, pueden convencer al Juez. Pero nunca debe el Abogado fingir que cree lo que no cree...

***

**Boletín del Instituto Científico y Literario «Porfirio Díaz».**

(Núm. 8.°, Octubre, 1906. Toluca.)

*Sumario:* Sección de jurisprudencia.

VICENTE VILLADA CARDOSO. *¿Existe el delito frustrado de violación?*—Todo acto criminal supone siempre dos extremos: el de partida y el de llegada; el pensamiento primero y la ejecución del acto final. Entre el acto primitivo y el último que debe ejecutarse para realizar un hecho delictuoso, existen otros actos intermedios que van, progresivamente, acercándose á la realización del crimen concebido.

Los actos exteriorizados, que son los que caen bajo el dominio de la ley, pueden dividirse en dos clases: actos preparatorios y actos de ejecución. Unos y otros se suelen confundir, naciendo de esta confusión consecuencias peligrosas en cuanto se refiere á la teoría de la tentativa. También se confunden la tentativa frustrada con el delito frustrado.

El primer acto que constituye la ejecución del delito, es el principio de la tentativa, la cual termina con el último acto constitutivo del delito. Los actos de ejecución, por sí solos, revelan intención delictuosa; pero esto no autoriza para fundar un fallo condenatorio, aunque M. Freihald haya dicho, copiando á Filangieri, que «toda tentativa... es considerada como si fuera el mismo crimen, porque el autor de ella ha cometido el crimen en cuanto estaba de su mano», pues eso es confundir la tentativa con el delito frustrado....

La tentativa puede frustrarse por circunstancias independientes de la voluntad del agente, y también por circunstancias ajenas á su voluntad puede frustrarse el delito. La tentativa puede ser suspendida por un acontecimiento fortuito. Es posible, y aun probable, que sin ese acontecimiento, el crimen se hubiera consumado, pero el autor podía haber desistido. Por esto, toda imputación que rebase el momento de la suspensión de la tentativa, es aventurada, pues es castigar por conjeturas.

No debe ser confundido el conato con la tentativa, ni tampoco la tentativa frustrada con el delito frustrado, porque aquélla admite

el desistimiento voluntario del agente, lo que no sucede con el delito frustrado. Tanto el conato como la tentativa de un delito determinado, pueden engendrar otro distinto. Así ocurre con la tentativa de violación, que constituye un atentado al pudor.

Las notas distintivas de la violación, son: la violencia y la introducción del órgano viril, con ó sin desfloración. La nota de los atentados al pudor, la no introducción del órgano viril, siendo suficientes los hechos ofensivos al pudor. Siendo la cópula contra la voluntad del sujeto pasivo el elemento esencial del delito de violación, no existe éste si aquélla no se realizó. Y «como es de sentido común que el simple hecho de ejecutar el último acto que depende del agente, constituye el delito mismo, y que ejecutado ese último acto, ya no se puede frustrar el delito, resulta que jamás habrá delito frustrado de violación...» Tampoco pueden frustrarse los delitos de rapto, incesto, adulterio, bigamia..., ni el delito de calumnia, sobre todo, realizado verbalmente.

Sección científica:

JOSE DE SIERRA: *Importancia del estudio de la teneduría de libros.*

FELICIANO NAVA: *Lavoisier.*

Sección oficial:

Trabajos escolares.—Variedades.

Sección literaria:

Noticias.—Bibliografía.

***

## Chile Moderno.

(Núm. 4.°, Octubre 1903, Valparaíso.)

G. L. DUPRAT: *La negación. Estudio de psicología patológica*, traducción de la *Revue Philosophique*, por Carlos Cabezón.

VÍCTOR DOMINGO SILVA: *Pedro A. González.*—Notable estudio hecho por encargo de la Revista *Chile Moderno*, de la personalidad literaria del profesor, el filósofo y el poeta González, recientemente fallecido.

FRANCISCO VALDÉS VERGARA: *El ahorro del pueblo constituye la riqueza nacional.*—Con motivo de haber presentado al Congreso, el Ministro de Hacienda de Chile, un Proyecto de ley que tiende á establecer una caja de ahorros y socorros para los obre-

res ocupados en la elaboración, transporte y embarque del salitre, publica el articulista las observaciones que sobre la materia escribió tres años antes.

Todas esas observaciones son aplicables á España. Por esto, si no nos lo vedara la limitación del espacio, reproduciríamos gustosamente, de modo literal, el bien meditado y correcto trabajo del señor Valdés. No siendo esto posible, haremos el extracto de ese trabajo.

Expone el articulista, en primer término, datos precisos acerca del número de obreros que trabajan en la región salitrera y el salario que ganan. Con el ahorro de ½ por ciento de ese salario, importaría el ahorro anual, agregándole una cantidad igual, donada por los patronos, 1.215.000 pesos, que con el 2 por ciento de ahorro voluntario de los obreros, resultaría que en la región salitrera se ahorraban anualmente 2.000.000 de pesos. Como á conseguir ese ahorro tiende el Proyecto de ley presentado por el Ministro de Hacienda, el articulista aplaude el proyecto.

Dice el articulista, que el ahorro, practicado con perseverancia, asegura la independencia del individuo, poniéndolo al abrigo de la miseria y de los accidentes de la vida.

El ahorro, que puede hacer prodigios en favor del humilde obrero, á condición de que éste sea honrado y constante en el trabajo, hace prodigios mayores todavía en favor de la Sociedad en general, cuando las sumas economizadas por el pobre, á fuerza de privaciones, van á depositarse en los Bancos, en las Cajas de Ahorro ó en otros Establecimientos análogos, que por turno los ponen, por medio del crédito, á disposición de los industriales y los comerciantes que necesitan capitales para el desarrollo y prosperidad de sus respectivos negocios.

Si cada individuo guardara sus ahorros, el económico tendría disponibles, en cualquier momento, los fondos que hubiera ahorrado; pero procediendo así, sólo se lograrían en parte los beneficios que el ahorro debe producir.

Supóngase que la tercera parte de los habitantes de Chile, ó sea 1.000.000 de personas, ahorran 20 centavos en cada semana. Esto formaría al año la suma de 10.400.000 pesos. Guardando cada persona la cantidad de 10 pesos 40 centavos, los ahorros serían estériles para el país y hasta podrían ser perjudiciales. En cambio, depositados esos fondos en los Bancos y Cajas de Ahorro, se formaría lentamente un capital suficiente para dar impulso progresivo á los trabajos agrícolas, á las explotaciones mineras, á los establecimientos industriales..., es decir, á todas las fuentes de riqueza.

«que hoy se pierden en la inacción á que estamos condenados por la pobreza y falta de crédito».

La demostración más elocuente del poder social de los pequeños capitales acumulados por el ahorro, la ofrece Francia, que salió triunfante de la terrible crísis sufrida por su derrota, porque la Nación francesa tenía un tesoro inagotable en los ahorros de sus hijos. Acerca de esto dijo León Say: «El pueblo francés hace anualmente ahorros considerables; no cesó de hacerlos, en medio de sus desgracias, sino durante un corto tiempo. En 1872 la corriente de sus ahorros volvió á tomar su curso ordinario. Estos recursos abundantes se emplearon naturalmente en los empréstitos nacionales para pagar la indemnización de guerra...»

En 1861 fué votada por el Parlamento inglés la ley orgánica de la «Post Office Saving Bank», y en 1888 declaraba su autor: «Esta es la obra más importante que en la segunda mitad del siglo XIX se ha hecho en bien del pueblo y yo la considero el acto más útil y fecundo de mi larga carrera...» «Y esta obra, grande para uno de los políticos más grandes del mundo, la desdeñan, por pequeña, los políticos de Chile...»

A. MAURET CAAMAÑO: Noticias críticas. Poesías líricas del señor D. Leonardo Eliz.

P. BROUARDEL: Peligros de la agregación de los antisépticos á los alimentos. El pudor de los Aduaneros. Notas y comentarios. Apuntaciones bibliográficas. Publicaciones recibidas.

***

## Revista Jurídico-Notarial.

(Núm. 35; 1.° Diciembre, 1906. Santiago de Cuba.)

El crímen de Aguadores. Sermones del Padre Cirilo. El Canal de Panamá. Sección de Jurisprudencia. Variedades. Nuestros funcionarios. Grabados: Gabriel Vandoma.

(Núm. 36; 15 Diciembre, 1906.)

El Instituto. El Canal de Panamá. Sección médico-legal. Sección de Jurisprudencia. Eugenio María de Hortos.

***

## Cuba y América.

(Núm. 10; Diciembre, 1908. Habana.)

México. Salubridad pública. Seguridad pública. La Ciencia y la Filosofía en México. Reseña histórica de la Geología en México. Observatorio astronómico nacional de Tacubaya. El Observatorio meteorológico central de México. El Instituto Médico nacional. Datos relativos á la Comisión geodésica. La carta de la República mexicana. El sistema de pesas y medidas en los Estados Unidos mexicanos. Ligeros apuntes sobre la propiedad industrial de México. El desagüe del Valle de México. La irrigación en México. Las fuerzas hidráulicas. Ferrocarriles. Relaciones comerciales entre México y Cuba. México actual.

***

## Revista de Derecho y Jurisprudencia.

(Núms. 1.° y 2.°, Octubre y Noviembre, 1908. Santiago de Chile.)

Ha comenzado á publicarse esta Revista con tres objetos: publicar en forma ordenada y metódica y de fácil consulta, las sentencias que dicte la Corte Suprema Chilena, para que con la publicidad, se obtenga la unidad de la jurisprudencia; someter cada una de dichas sentencias á una crítica serena y discreta; y servir, como órgano de publicidad, en lo que respecta á los trabajos de los jurisconsultos chilenos. Los tres objetos los consigue de manera acabada; el primero y excelente número de la mencionada Revista, que á la vista tenemos, cuya lectura produce impresión grata, tanto por sus condiciones materiales como por los notables trabajos que inserta, cosa la última de la que se convencerán pronto nuestros lectores, con sólo leer el extracto de uno de los mencionados trabajos y el resto del sumario de dicho número.

ELIDORO YÁÑEZ: *Del legítimo contradictor en las cuestiones de Estado y de los juicios constitutivos del estado civil.*—Transcribe el articulista los arts. 315, 316, 317 y 318 del Código civil chileno, que á la cuestión se refieren.

La teoría del legítimo contradictor es antigua. Los autores antiguos, sin embargo, nunca precisaron claramente lo que debía entenderse por legítimo contradictor; pero afirmaron unánimemente que los fallos en materia de estado tienen fuerza obligatoria contra todos.

Esta doctrina aparecía fundada en las leyes romanas, que se referían, no en general á las cuestiones relativas al estado civil de las personas, sino en especial á los fallos dictados en las cuestiones relativas al estado de ingenuidad, de libertad ó de filiación.

La legislación francesa no consagró la doctrina del legítimo contradictor en las cuestiones de estado, ni estableció que los fallos de esta clase tuvieran efecto universal obligatorio. Consagró, sí, la doctrina relativa á la impugnación de la legitimidad del hijo por parte del marido; pero sin fijar reglas acerca de lo que debe entenderse por legítimo contradictor. Los arts. 315, 316 y 317 del Código chileno no se encuentran en el Código francés. La doctrina, empero, contenida en estos artículos, se halla establecida en Francia por los Tribunales y los tratadistas, aunque limitada á los juicios de filiación entre padres é hijos.

La legislación de las Partidas, vigente en Chile hasta la promulgación del Código civil, siguió con más ó menos exactitud la doctrina romana. La ley 20, tít. 22, Partida 3.ª, sentó el principio general de que la sentencia pronunciada contra uno no empece á otro, con la excepción en lo que se refería á la libertad ó servidumbre. En cuanto á la filiación, las Partidas atribuían carácter universal únicamente á la sentencia dictada en juicio seguido entre el padre y el hijo. Estos eran los legítimos contradictores en la cuestión de paternidad ó filiación para constituir un estado civil inalterable.

El Código civil chileno aplicó la teoría del legítimo contradictor únicamente á los juicios de paternidad y filiación.

Un distinguido Magistrado y escritor chileno, dice: «Según el Código actual, no es legítimo contradictor el heredero del padre, de la madre ó del hijo en el juicio de filiación legítima. Dicho carácter sólo corresponde á los padres y á los hijos en los pleitos que personalmente promuevan. Los herederos de estas personas no tienen el carácter de contradictores legítimos, y por lo tanto, los fallos judiciales no producen excepción de cosa juzgada respecto á los que no han litigado. Sobre este particular se hallan conformes á las disposiciones ordinarias del procedimiento. Los herederos sólo representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia, según el art. 318... La historia del contradictor legítimo manifiesta, por otra parte, que el Código sólo amplía este carácter á los herederos del padre, de la madre ó del hijo que ha *incoado el juicio*, y que fallece antes de la sentencia definitiva...»

Esta es la doctrina que se expone en las Cátedras del Derecho. Examinémosla, dice el articulista, á la luz de las disposiciones legales.

El Código civil, en lo relativo á la legitimidad, consideró tres situaciones diversas en que puede encontrarse el hijo, y en las cuales su legitimidad se presume: el concebido y nacido durante el matrimonio; el concebido antes del matrimonio y nacido durante él; y por último, el nacido después de la disolución del matrimonio. El primer caso da lugar á poca dificultad.

En el segundo caso, el Codigo siguió la regla más antigua del Derecho, fijando en ciento ochenta días la duración más corta asignada á la preñez, y en trescientos la más larga. La presunción de legitimidad se funda, en este caso, en el matrimonio posterior de los padres, pero exige que la concepción no adolezca de algún vicio que destruya la legitimidad, como sucede en el caso de matrimonio llamado putativo, de afinidad en la línea recta ó de encontrarse ligado por un matrimonio anterior alguno de los padres.

Por último, en el tercer caso, el Código estableció propiamente una presunción de ilegitimidad en contra del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio; de lo que se deduce que la presunción de legitimidad en favor del hijo nacido antes de la expiración de ese plazo no es absoluta y puede ser rechazada por el propio hijo.

De la misma manera, el Código contempló tres casos diversos de impugnación de la legitimidad: el caso en que se impugne la existencia ó los efectos civiles del matrimonio; el caso en que se impugne la paternidad, y el en que se impugne la maternidad. Y dando aplicación á esta idea, reglamentó los casos en que se puede impugnar la legitimidad, quién la puede impugnar y en qué tiempo.

A este efecto estableció primeramente la condición del matrimonio como requisito indispensable de la legitimidad—art. 179—. No necesitó en este caso el Código ni limitar ni reglamentar el derecho de impugnación, porque no existiendo matrimonio, toda persona puede oponer la ilegitimidad á cualquiera acción del hijo que se pretende legítimo.

Lo que el Código necesitó prever fué el caso de impugnación de la legitimidad cuando ha existido matrimonio. El art. 182 sentó el principio absoluto de que mientras viva el marido nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo. Esta presunción de la paternidad, nacida de la existencia del matrimonio, tiene tres excepciones, nacidas á su vez de la imposibilidad física, de la legal y de la moral de paternidad. Reglamentó el Código, seguidamente, el ejercicio de la acción del marido para destruir la presunción de legitimidad del hijo, según se trate del hijo concebido por su mujer durante el ma-

trimonio—art. 183—, ó concebido durante el divorcio temporal ó perpetuo de los cónyuges—art. 190—, ó concebido antes y nacido después del divorcio—art. 196—.

Para conceder el derecho de impugnación á otras personas que no sean el marido, el Código tuvo en cuenta dos situaciones: 1.ª, que el marido hubiera muerto antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo; y 2.º, que no concurriera la presunción de legitimidad, fundada en la concepción durante el matrimonio... Y para conceder este derecho excepcional de impugnación, exigió el Código un interés patrimonial, salvo que la impugnación se haga por los ascendientes legítimos del marido, los cuales, lo mismo que éste, pueden proceder por interés moral.

En la impugnación de la maternidad el Código no fué tan restrictivo. La maternidad se comprueba por el hecho del nacimiento del hijo, y puede existir y probarse sin necesidad del matrimonio, mientras que para que la paternidad se establezca es necesario que el hijo haya sido concebido durante el matrimonio...

Establecido este sistema, el Código dictó las reglas relativas á la prueba del estado civil, y dispuso en su art. 315: «El fallo judicial que declara verdadera ó falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente á los efectos que dicha legitimidad acarrea. La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera ó falsa una maternidad que se impugna».

Sin duda alguna, al hablar de juicio, se refirió el Código al que menciona y reglamenta. Es decir, únicamente á los juicios de impugnación de legitimidad seguidos entre los padres y los hijos, ó á los seguidos por otros en dos casos excepcionales: 1.º, el de morir el padre antes de vencido el término que le conceden las leyes para formular la impugnación; y 2.º, el de haber sido ya instaurada la acción por el mismo padre, si el fallecimiento ocurre después de vencido este plazo. Lo primero está preceptuado por la letra del art. 317; lo segundo, ó sean los dos casos de excepción, se funda en los artículos 184 y 318.

Ahora bien: como la regla del art. 315 implicaba una derogación del derecho común, en cuanto á los efectos de la cosa juzgada, fué sometida dicha regla á las tres restricciones del art. 316, que dice: «Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario: 1.º, que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada; 2.º, que se hayan pronunciado contra el legítimo contradictor; 3.º, que no haya habido colu-

sión en el juicio». A esto se añadió el requisito indispensable de la citación de los coherederos, en el caso que el juicio iniciado por el padre fuera seguido por los herederos hasta su término.

Así, pues, no toda sentencia recaída en las cuestiones de estado civil tiene los carácteres de universalidad para afectar á las personas que no han litigado. No todos los juicios seguidos sobre el estado civil producen este efecto. La ley sólo se ha referido á los juicios *constitutivos* del estado civil, á aquellos que se siguen por ó con los padres, en los casos de impugnación ó reclamación de la legitimidad del hijo nacido ó concebido dentro del matrimonio verdadero ó putativo. Los juicios meramente *declarativos* del estado civil ó aquellos en que la cuestión de legitimidad es sólo un antecedente ó fundamento de una acción patrimonial, están sujetos á las reglas comunes, y la sentencia en ellos pronunciada sólo afecta á las personas que han sido partes en el juicio y sólo respecto á los derechos litigados.

Aun en los pleitos dirigidos únicamente al estado civil, como en el caso de impugnarse por cualquiera persona que tenga interés actual en ello, la legitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio—artículo 185 del Código civil chileno—, la sentencia no reviste carácter de universalidad, y el estado civil declarado en favor ó en contra del hijo no tiene los caracteres de integridad é indivisibilidad que son propios de los juicios constitutivos del estado civil seguidos entre el padre y el hijo. Y no los tiene, en primer lugar, porque la ley no lo dice, y en segundo lugar, porque la persona que impugna la legitimidad no es el legítimo contradictor, pues según el art. 317 del Código, «legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, ó el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, ó la madre contra el hijo».

La objeción que comunmente se hace á esta doctrina se funda en la indivisibilidad del estado civil. No cabe imaginar, se dice, que una persona sea legítima con relación á unos herederos é ilegítima con relación á otros.

Es cierto, contesta Laurent, «el estado es indivisible; nadie puede ser al mismo tiempo legítimo é ilegítimo. Sin embargo, resultará de los efectos de la cosa juzgada, si se los aplica al estado, que el mismo individuo será legitimo respecto de tal miembro de la familia é ilegítimo respecto á tal otro. Sin duda el estado es indivisible; lo es cuando no hay ninguna incertidumbre, ninguna cuestión sobre la legitimidad de aquel que la posee, y que ejerce los dere-

chos que la ley le atribuye. Pero desde el momento que hay cuestión, el estado reposará sobre una sentencia, que sólo expresa la verdad entre las partes. En consecuencia, el estado no existe, sino respecto de aquellos que han figurado en el proceso. No hay nada de especial á las cuestiones de estado; es un principio general. La verdad, ciertamente, es indivisible, pues ella es absoluta en su esencia, lo que no impide que la verdad se divida cuando resulta sólo de una sentencia».

«Creemos, pues, dice el articulista, que puede sentarse como una tesis no contestada, que la sentencia recaída en una cuestión de estado, que se suscita incidentalmente en un proceso, no tiene la misma autoridad de cosa juzgada que si hubiera recaído sobre una acción, cuyo objeto principal y directo fuera la impugnación del estado civil.» Esta distinción es tan antigua como la teoría del legítimo contradictor, de la manera que era expuesta por los juristas aun bajo la influencia de la interpretación errónea de las leyes romanas. Para demostrar esto, se citan y reproducen las opiniones de D'Argentrée, Urrutia, Lacoste y Merlin.

MANUEL SALAS LARAQUI: «Las causas electorales ante el Código de procedimiento civil.»

E. H. PERREAN: «El derecho de cada uno de los cónyuges á su nombre patronímico y al de su consorte.»

CARLOS LESSONA: «Reforma judicial en Italia.» = Jurisprudencia.

JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ.

Granada, Febrero, 1904.

---

# ITALIANAS

## La Scuola Positiva.

(Diciembre de 1903.)

B. FRANCHI: *La Policía científica en Italia.*—Salvador Ottolenghi ha desarrollado en Roma, ante los funcionarios de Seguridad pública, un curso de Policía científica, con arreglo el programa siguiente:

I. Identificación general:

*a*) Señalamiento somático descriptivo (filiación, señas particulares, regiones, puntos y límites en que puede hallársele; tipo ét-

nico, tipo inferior, tipo asimétrico, tipo criminal; caracteres salientes para el señalamiento telegráfico y la práctica; huellas digitales).

*b)* Señalamiento fotográfico (fotografías para la identificación, para las pesquisas, etc.; técnica de la fotografía judicial).

*c)* Señalamiento antropométrico (objeto y técnica de la antropométría, las clasificaciones antropométricas).

*d)* Señalamiento funcional (la motilidad, la marcha, la palabra, la escritura, la sensibilidad general, dolorífica y específica, las funciones orgánicas).

*e)* Señalamiento psíquico (la inteligencia, la voluntad, la conciencia, los sentimientos, el sentido moral, el temperamento, el carácter, los métodos de interrogatorio).

*f)* Señalamiento anamnéstico (la biografía del individuo, el país, la herencia, la infancia y la juventud, la laboriosidad, el comportamiento en la familia, en los asuntos, delitos, enfermedades. vicisitudes).

II. Identificación especial:

*a)* Las clases peligrosas de la sociedad según el criterio científico y el práctico.

*b)* Las clases peligrosas y las leyes de seguridad.

*c)* Principios para la aplicación de éstas (la mala conducta, la sospecha, la temibilidad, etc.).

III. El lugar del delito:

*a)* Comprobación de éste (huellas, señales, restos; conservación de ellos).

*b)* Pesquisas en los delitos contra las personas (nociones tanatológicas, las causas de muerte, las manchas de sangre, las armas, etc.).

*c)* Pesquisas en los delitos contra la propiedad.

IV. La busca del reo.

V. El servicio de seguridad, su organización y funcionamiento (archivos, cartillas biográficas, monografías locales, calendario criminal, etc.).

Como efecto práctico muy interesante (pues sólo con este nuevo señalamiento aplicado por el profesor Ottolenghi, será posible que disminuya la cantidad de reos que escapan á la acción de la justicia, incluso en la delincuencia castigada por el Código), haremos notar que todos los alumnos indistintamente invitados varias veces á identificar entre un grupo de fotografías á un individuo de quien se conocían tan sólo los rasgos más salientes, tal como pueden indicarse en un telegrama circular, consiguieron señalarle en grupos de 40, de 100 y hasta de 600 fotografías.

Resulta del programa reproducido una gran diferencia entre el Bertillonaje y la Policía científica ideada por Ottolenghi. El Doctor Gasti, ayudante de éste, la expresa de este modo: Bertillon, con su sistema de identificación (medidas y descripciones) emplea el método científico, pero limitado á *la simple identificación física de los reos*. El Bertillonaje, por consiguiente, sólo puede ser considerado como un capítulo de la Policía científica. La Policía científica, desarrollada por Ottolenghi, tiene un campo de aplicación mucho más vasto; porque mira, no sólo al conocimiento de las señas individuales, sino también al de todas las manifestaciones de la personalidad del reo, desde los caracteres físicos á los funcionales, desde los psíquicos á los anamnésticos, procurando, finalmente, su aplicación á la práctica. Comprende, pues, no sólo la identificación, sino la mayor parte de las funciones de la Policía.

Así es que, mientras el Bertillonaje interesa á los vigilantes de las cárceles y á unos cuantos funcionarios de policía destinados en los centros de identificación judicial, la Policía científica importa á todos los funcionarios de Seguridad pública de un Estado, cualquiera que sea su destino.

Más noticias sobre este interesante experimento se encuentran en las siguientes publicaciones:

S. Ottolenghi: *Il corso de Polizia scientifica* (Roma, 1903).

G. Gasti: *Il corso de Polizia scientifica* (Roma, 1903).

— *Il materiale del corso e il Gabinetto di Polizia scientifica* (Roma, 1903).

Y en tanto que Ottolenghi, en Roma, desenvolvía este amplísimo curso; y mientras en París, Bertillon realizaba en su gabinete algunas de las sorprendentes identificaciones de que nos entera Niceford en su *Guia para el estudio y enseñanza de la Criminologia* (Madrid, 1904) ... en Madrid se revelaban escándalos policiacos, sobre los cuales parece haber caído un indulgente olvido.

Constancio Bernaldo de Quirós

# NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS (*)

**Trattato di diritto penale.** Volume quinto. Dei delitti contro il buon costume e l' ordine delle famiglie, per l' avvocato *A. Pozzolini*, Professore pareggiato nella R. Università di Pisa. Milano, Casa editrice Dottor Francesco Vallardi, 1904; 355 páginas. No señala precio.

A su debido tiempo anuncié en esta REVISTA que el editor de Milán, Dr. Francisco Vallardi, había emprendido la publicación de un «Manual de derecho penal» al uso de Alemania; es decir, un Tratado completo, de carácter doctrinal y práctico á la vez, con abundante legislación comparada y jurisprudencia, aunque siguiendo el orden del Código penal italiano, que era el que se tomaba al efecto por guía, ya que, al cabo, la obra estaba escrita por italianos, y se consagraba principalmente al público de los legistas y jurisconsultos italianos. También dije que, de una manera análoga á lo que acontece en Alemania, el nuevo Manual iba á estar compuesto de una serie de monografías escritas por diferentes autores, todos ellos jóvenes y muy estudiosos, que eran E. Florián, A. Pozzolini, A. Zerboglio y P. Viazzi.

A estas horas están ya publicadas varias de esas monografías, y de su aparición he dado yo mismo cuenta aquí. Ultimamente ha visto la luz aquélla á que se refiere esta nota. Obra del Profesor pisano Pozzolini, no tiene nada que envidiar á las anteriores, á las cuales se parece mucho, por la abundancia de datos é informes de toda clase, respecto á las materias en que se ocupa, por la amplitud de criterio de su autor y por el orden y claridad con que está escrita. Cuantas indicaciones de doctrina y legislación puedan apetecerse para resolver las cuestiones tocantes á los delitosque nosotros llama-

(*) De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

mos contra la honestidad, hállanse condensadas en este libro, en corto volumen.

El estudio tiene al frente una introducción, en que se habla de la función sexual, de los delitos sexuales y sus clases, y de los factores de esta forma de delincuencia; todo brevemente. Y luego, siguiendo, conforme queda dicho, el orden del Código penal italiano, se estudian sucesivamente, en otros tantos capítulos, la *violencia carnal* (estupro, violación, seducción...), los *actos violentos libidinosos* (abusos deshonestos), la *corrupción de menores*, el *incesto*, los *ultrajes al pudor público*, las *publicaciones* y *exhibiciones oscenas*, el *rapto*, el *lenocinio*, el *adulterio*, la *bigamia* y la *supresión y suposición de estado*.

P. DORADO.

---

**Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo**, por *Francisco Geny*. Versión española.—Madrid, Hijos de Reus, editores.—Un vol. en 8.° mayor 170 × 100 milímetros, de XVI—627 páginas.—Precio, 10 pesetas.

Interesante y sugestiva es la cuestión desarrollada en su libro por el distinguido profesor de la Universidad de Dijon, M. Geny.

El autor, que ha estudiado profundamente el problema, expone en este libro de un modo claro y conciso el llamado método tradicional de interpretación jurídica. Estudia la evolución del método y el reconocimiento é interpretación de las fuentes, materia interesantísima, y después de una acertada crítica de lo que denomina el *método tradicional*, sienta las bases, quizás no demasiado sólidas, para la reconstitución del método y de una teoría de las fuentes del Derecho civil positivo.

En su fundada crítica, Geny señala como características lamentables del método tradicional, dos principios: el abuso de las abstracciones lógicas y la exageración del elemento legal. Aquélla produce los mismos fatales résultados que señala en su libro «El Derecho civil y los pobres», el Profesor de la Universidad de Viena, Antonio Menger (1), al hablar de la aplicación de la analogía en la interpretación de la ley; la última no es otra cosa que la cuestión hoy tan debatida, sobre las relaciones entre la ley y la costumbre como fuentes del derecho privado positivo. Cuestión resuelta de un modo completamente desfavorable para la segunda, por los juristas idó-

(1) Traducido al castellano por el Profesor de la Universidad de Oviedo, D. Adolfo Posada.—Madrid, 1898.

latras de los Códigos, que han llegado hasta pretender ¡ilusos! abolir la costumbre en el campo del derecho civil, al modo como ya creyeron haberle desterrado del derecho penal; y cuestión que ha dado lugar á una hermosa reacción, iniciada por la escuela histórica, y cuyo principal mantenedor en nuestra patria es D. Joaquín Costa, que en su magistral discurso de entrada á la Academia de Ciencias Morales y Políticas, demuestra la superioridad de la costumbre sobre la ley, y llega á plantearse el problema de si las leyes se promulgan siempre *ad referendum*.

M Geny milita entre los que se oponen á la arrolladora acción de los Códigos. Es de los que creen llegado el momento de rectificar muchos errores de la escuela de los comentaristas.

Ese libro demuestra lo que afirmamos. No hemos de entrar en su examen interno, porque su mejor recomendación está en que se lea, ni tampoco disponemos de espacio para estudiar á fondo la cuestión planteada. Por otro lado, este libro nos evita demostrar cómo los mismos redactores del Código de Napoleón y aun sus primeros comentaristas, educados en otras teorías que las siguientes generaciones, jamás se atrevieron á considerar la ley, fuente privativa del Derecho civil; como Portalís, ilustre colaborador en la obra legislativa de Napoleón, diputaba error profundo el considerar la ley única fuente del derecho; como la escuela histórica fué la primera que de un modo abierto se puso contra el método tradicional; como Fustel de Coulanges hacía ya notar la analogía entre los estudios históricos y los sociológicos, que después sirvieron de base á ciertos civilistas italianos (1); como M. Labé, en sus interesantes notas, comprendió ya la importancia del problema; y como, finalmente, en la última década del pasado siglo, ilustres profesores de las Universidades francesas han comenzado la protesta contra el método tradicional, siendo M. Geny, con Lambert, Saleilles, Planiol, Bartín, y en cierto modo Esmein, Langlois y Bufnois, sus principales mantenedores.

El libro lleva un Prólogo del distinguido profesor de Derecho civil en la Universidad de París, M. Saleilles, espíritu abierto, que ya en 1890, hacía notar en un interesante artículo publicado en la «Revue international de l'enseignement», primeramente la existen-

---

(1) FUSTEL DE COULANGES *(Apud. Saleilles)*.—«Cada sociedad es un sér viviente; el historiador debe describir la vida. Se ha inventado desde hace algunos años la palabra *sociología*. La palabra *historia* tenía el mismo sentido y decía la misma cosa, al menos para los que la entendían bien. La historia es la ciencia de los hechos sociales, es decir, la sociología misma.»

cia de nuevos procedimientos jurídicos, hijos de las necesidades de la vida moderna, que no caben dentro del Código civil (1), y en segundo lugar la importancia de los estudios históricos en este punto (2).

En este Prólogo traza un hermoso bosquejo del estado de la cuestión en Francia, preparando al lector para la mejor comprensión de la obra subsiguiente. Piadosamente y sin exageraciones ni ensañamientos, combate los errores de los antiguos sistemas, é independientemente y sin afiliarse á ninguno en particular, expone los modernos. En todo el Prólogo manifiesta un amplio criterio y una acertada orientación, tendiendo á demostrar la necesidad de que se reconozca en los estudios jurídicos que el derecho es «una ciencia de hechos, una ciencia de la realidad», y coincidiendo con el señor Costa en la tendencia á que las leyes se promulguen siempre *ad referendum*, afirma que ya se observan ciertas tentativas de introducir análogos principios en la función legislativa.—«Habitualmente, dice, las leyes en Inglaterra se votan con revisión, reservándose el corregirlas sucesiva y casi inmediatamente, mediante ulteriores adiciones legislativas. Aun en Francia tenemos—continúa—ejemplos recientes en la ley relativa á los pastos comunales, y en la de hace un año (3) sobre la responsabilidad patronal. Un poco extraño parece esto á los educados en la escuela antigua, que ven en ello la prueba de una elaboración defectuosa, cuando deberían, por el contrario celebrarlo, porque es muestra del afinamiento del órgano legislativo...»

.....

(1) *Quelques mots sur le rôle de la methode historique dans le enseignement du droit* (Revista citada, tomo 19, pág. 483).—«Hace falta reconocer siempre que después del Código civil, se han operado profundos cambios en la situación económica del país, se ha producido un movimiento financiero, industrial y comercial, que ha suscitado sobre muchos puntos la creación de nuevos procedimientos jurídicos. Todos los días, nuevos deseos pueden dar lugar á combinaciones nuevas y surgen concepciones hasta entonces no vistas; y aun sobre ciertos puntos, es posible que aparezca, en lo que toca á tal ó cual materia determinada, una idea de la justicia muy diferente de aquella que pudo inspirar á los autores del Código civil. ¿Cómo introducir entonces en el dominio del derecho positivo las novedades requeridas por la corriente de la vida y la práctica de los asuntos.»

(2) Revista citada, tomo 19, pág. 488.—«Los cursos de historia del derecho han producido bajo este aspecto inapreciables servicios. Ellos han venido á colocar nuestro Código civil en su medio histórico; hasta aquí se le había tratado como una obra aislada, haciendo de él punto de partida; era necesario demostrar que no era más que una continuación.»

(3) 1897.

Nada más añadimos.

Como se ve por lo dicho, la obra y su prólogo son en extremo interesantes y dignos de ser leídos.

*
* *

**Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé.**—Première série: *Le régime successoral.*—Introduction.—*La fonction du droit civil comparé. I. Les conceptions étroites ou unilateres.*—Un volumen de XXIV-927 páginas en 8.° mayor, 168×94 milímetros.—París, V. Girard & E. Brière, 1903.—Precio, 15 francos.

La personalidad de M. E. Lambert es ya bien conocida; diéronle legítima reputación su brillante tesis doctoral *Du contract en faveur de tiers* (1), y su Memoria premiada por la Universidad de París, *De l'exhérédation et des legs faites au profit d'héreditiers presonptifs; le droit de succession en France, son fondement, sa nature* (2), confirmando este elevado concepto de su personalidad, sus explicaciones como Profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Lyon, que le valieron ser encargado recientemente, de explicar además el «Derecho civil comparado.»

Comienza el libro que ahora examinamos, advirtiendo al lector que el objeto de los *Estudios de derecho común legislativo ó derecho civil comparado*, será extraer de las principales legislaciones ó jurisprudencias vigentes en civilizaciones análogas á la nuestra—dice el autor—, un fondo general de concepciones y de máximas jurídicas, un *derecho común legislativo*, destinado á producir sobre cada una de estas legislaciones una acción comparable á la que ha ejercido sobre las antiguas costumbres francesas el *droit commun coutumier* y sobre los derechos particulares alemanes, antes de la Codificación de 1896, la ciencia de los *Deutsche Privatrecht.*

Para conseguir este propósito distingue primeramente el concepto corriente de la legislación comparada, como meras publicaciones *acientíficas* de textos legales *virtualmente* vigentes en distintos países, de lo que él piensa que debe ser, y tiene propósito de conseguir, en sus *Estudios sobre la historia comparada del derecho civil de Francia y de los países vecinos*, esto es, del estudio profundo y comparado del estado actual y funcionamiento, de una

(1) Girard et Brière, París, 1893.
(2) Girard et Brière, París, 1895.

parte, y de otra, de la génesis y transformaciones sucesivas de las instituciones jurídicas, civiles, fundamentales, de cierto grupo de países, que presentan algunos y característicos rasgos de afinidad. En este sentido huye de lo que él juzga una exageración de M. Saleilles, al pretender este autor designar como fin del derecho comparado el *derecho común de la Humanidad*, con lo que se viene á pretender—según Lambert—una cosa análoga al *Naturrecht*, despojado de su *inmutabilidad*, pero conservando aún su *universalidad*.

La idea de estudiar el fondo común de las instituciones civiles de los países, estrechamente unidos por una análoga civilización, es indudablemente una idea seria, noble y de resultados científicos y prácticos, pero cuya realización está erizada de dificultades. No se ocultan éstas al penetrante ingenio del sabio Profesor de Lyon, pero los mismos fracasos de sus antecesores le alientan, ya que ellos le indican los puntos difíciles y le proporcionan una experiencia siempre útil para comenzar cualquiera empresa.

Comienza la suya M. Lambert, por el estudio del régimen sucesorio, precisamente—son sus palabras—*para vencer el escepticismo del lector*, demostrándole cómo en esta institución, en la que todo particularismo ha tenido su campo abonado (1), tiene, sin embargo, un fondo común á varias legislaciones, análogo (aunque menos desarrollado) al existente con el de derecho de obligaciones, calcado casi siempre en la legislación romana.

Con este plan general, en el volumen publicado (que según ya hemos dicho es de introducción y dedicado al estudio de la función del derecho civil comparado), solamente ha tenido su desenvolvimiento la crítica de las concepciones estrechas ó unilaterales y específicas, reservando la parte positiva para el siguiente tomo.

No hemos de examinar aquí capítulo por capítulo cuáles son aquéllas; pero si hemos de hacer notar la manera profunda y magistral de tratar las cuestiones que incidentalmente le salen al paso y que explican cómo la interesante monografía que de este autor publicó la REVISTA (2), modelo en su género y verdadero derroche de erudición y afinada crítica, no es sino una parte de esta obra general y medio de reforzar su teoría sobre la función de la *política civil*, refutando la teoría romano-canónica de la costumbre por la historia de las fuentes del Derecho romano.

---

(1) Sabido es que la causa principal de que no haya podido codificarse todo el derecho civil español, ha sido principalmente el derecho sucesorio.

(2) Véanse los tomos 99 á 102 de esta REVISTA.

Ha empleado ya para esto argumentos (que constituyen verdaderos libros) sacados de la comparación crítica del diferente desenvolvimiento de ciertas instituciones fundamentales en las más diferentes civilizaciones. Y asombra ver cómo M. Lambert maneja con igual facilidad la Historia del Derecho hebráico, la del Musulmán ó la del Canónico.

La obra que ahora comienza M. Lambert es, á mi ver, superior á cuantas las modernas tendencias del Derecho civil ha producido. Es quizá M. Lambert el primero que utiliza la Historia del derecho pensando al mismo tiempo que en el pasado, en el mañana; que ve en la tradición la evolución, y que lo mismo se vale de la sociología que del derecho comparado, siendo en esto, como en sus desarrollos, superior á la mayor parte de los civilistas contemporáneos, por regla general aferrados á una sola teoría, que degenera en verdadera obsesión en sus escritos.

Así comienza M. Lambert su labor científica. Cuando ésta llegue á su término, cuando se haya desenvuelto y realizado todo el programa expuesto, el nombre del profesor de Lyon, ya ilustre, resumirá tal vez toda una época en la evolución de los estudios del Derecho civil en Francia. Hoy por hoy, sus contemporáneos, y especialmente sus compatriotas, no le juzgan como se merece. La crítica se ha mostrado demasiado severa con su libro. M. L. Guerin, en su reciente nota bibliográfica, publicada en el *Boletín de la Sociedad de Legislación Comparada* (1), así lo reconoce.

Por nuestra parte, elogiándole, creemos hacerle justicia.

Verdaderamente, el libro de M. Lambert es un «*livre á lire*».

E. García Herreros,
Profesor A. en la Universidad de Madrid.

---

**Manuales sociales y Crónicas del trabajo**, por *D. José de Posse y Villelga*, Abogado.—Libro de 192 págs.—Bilbao, 1904.—Precio: 1,25 pesetas.

La cuestión social es, á no dudarlo, una de las más graves y trascendentales cuestiones, que no por el brutal procedimiento de la fuerza, sino por el tranquilo imperio del Derecho, puede ser solucionada.

Los desheredados de la fortuna, las víctimas propiciatorias de las grandes desigualdades humanas, no buscan ciertamente en la

(1) Núm. 2, Febrero 1904.

constante volubilidad de las formas políticas el remedio de sus infortunios, y desengañados los que sufren de lo incumplido de las promesas hechas á nombre de tal ó cual programa político, las clases trabajadoras, en la lucha terrible por la vida, se agitan con aquella vehemencia que precede siempre á los grandes cataclismos sociales.

Para desnutrir su corazón del odio hacia el afortunado de la tierra, confortando á la vez su espíritu con la enseñanza de las grandes nociones morales del amor y de la resignación cristianas, claro es que se hace preciso nutrir la inteligencia del obrero con aquellas provechosas enseñanzas que son sano alimento del alma, de igual suerte que al cuerpo endeble y desmedrado, le es conveniente una alimentación que le tonifique y reconstituya.

El Sr. Posse y Villelga ha emprendido con la publicación oportunísima de sus *Manuales sociales* este meritorio apostolado. Su trabajo no es un libro de discusión y de profunda doctrina, lo cual fuera inútil para aquellos á quienes realmente ha consagrado esa labor intelectual. Los *Manuales sociales* presentan á la rudimentaria instrucción del obrero los más discutidos problemas de la cuestión social relativos al trabajo, al descanso dominical, á la distribución de la riqueza, á la asociación y cooperación obrera y á las luchas entre patronos y obreros; dedicando observaciones muy fructuosas al arbitraje obligatorio como medio de evitación de las huelgas terminadas con frecuencia en lucha sangrienta promovida por la desesperación del hambre y las convulsiones de la miseria.

La exposición sintética del anarquismo en sus dos grandes ramificaciones de la propaganda ideológica y de la acción por la fuerza, así como el estudio del socialismo, terminan el primer volumen de los *Manuales sociales*, que muy en breve será continuado por otro dedicado á la evolución del trabajo, huelgas é instrucción y educación obreras.

P. González del Alba,
Magistrado de la Audiencia de Madrid.

---

**Estudios de filosofía política.**—Los Estados norteamericanos bajo el punto de vista de su gobierno municipal, por *Francisco Carrera y Justiz*.—Habana, 1903; imp. de la «Moderna poesía».

Ofrece este erudito hijo de Cuba á sus compatriotas, en las veintisiete páginas del folleto cuyos datos de identidad quedan señalados, un estudio muy interesante sobre las principales causas del

fracaso de organización de las ciudades de la gran República del Norte de América.

El autor camina modestamente á la sombra de la irrecusable autoridad de eminentes publicistas, casi todos ingleses y norteamericanos, de los que ha recogido materiales para el estudio histórico y fortaleza para las razones de su discurrir, al propio tiempo que con la cita minuciosa de las fuentes de conocimiento acrece mucho el mérito de la tarea.

Los Estados Unidos se asientan sobre la ficción de ser tales Estados unidos, cuando en el orden real carecen de existencia efectiva, toda vez que no son soberanos, y la soberanía, según principio que tiene carácter de dogmático, es el atributo esencial de un Estado.

Del examen de la Constitución de aquella República, infiere el Sr. Carrera que la soberanía de sus cuarenta y cuatro Estados federados viene á ser la resultante de una operación aritmética, en que es preciso averiguar, de una parte, lo que les está prohibido por la Constitución general, y de otra, lo que cada uno de ellos han concedido como á entidad política superior á los Estados Unidos. Se trata, pues, de un concepto de soberanía puramente acomodaticio, de exclusiva confección norteamericana.

En forzosa consecuencia, empequeñecida la idea del Estado, á tal extremo que más parece, por regla general, mera circunscripción administrativa con cierta autonomía, se ha empequeñecido análogamente la idea de la ciudad, víctima allí de la honda perturbación que lleva consigo una falsa tutela, degenerada en abusos de poderes ó en exceso de leyes inútiles, rémora constante de su desenvolvimiento y bienestar.

La natural reacción contra ese orden de cosas ha suscitado el problema de la ciudad libre, resuelto ya en las Constituciones de Missouri y Washington, que facultan á determinadas ciudades para promulgar por sí mismas su propia Constitución local sin necesidad de aprobación por la legislatura de los Estados.

DAVID ORTIZ ARCE.

---

**La última Carta Pastoral** *del Excmo. y Romo. Sr. D. Victoriano Guisasola*, Obispo de Madrid-Alcalá, dirigida al Clero y á los fieles de su jurisdicción.

El referido documento es digno de profunda meditación y detenido estudio. En él, la tendencia á suprimir el magisterio infalible de la Iglesia, creado por el Divino Maestro, valiéndose los sectarios

de los multiplicados medios de comunicación que la ciencia, investigadora de la verdad, ha puesto en manos de todos; la descripción del desarrollo de la naturaleza humana al amparo y bajo la dirección de una autoridad externa, nunca sospechosa y siempre legítima, hasta poner á aquélla en condiciones de poderla considerar con criterio propio, tanto más independiente, cuanto mayor sea el convencimiento que haya adquirido de la virtualidad de un principio superior divino-doctrinal; el afán de las escuelas racionalistas de desvirtuar lo que tiene probado hasta la evidencia una tradición constante y confirmado la historia de todos los pueblos, respecto del origen del género humano y de la necesidad por éste sentida de reintegrarse en la pureza de su creación comulgando en la verdad divina y en la fe, su natural complemento; la significación y extensión dada á la palabra Maestro por el Redentor, título de que no se desprendió nunca, no más que para legarlo con su palabra, á su Esposa, la Iglesia, en las personas de los Apóstoles; los genuinos ideales del espíritu cristiano condensados en el asentimiento firmísimo á la verdad absoluta, en su relación de convivencia social y en una vocación vigorosa al cumplimiento del deber, gérmenes de todo bien y de todo progreso, y otras materias de no menos capital importancia, han sido tratadas por el Ilmo. y Revmo. Sr. Obispo de Madrid-Alcalá, de una manera verdaderamente admirable. La valentía y fuerza de la argumentación empleada en contra de las doctrinas modernas disolventes, no consienten réplica, y el lenguaje de que ha revestido á aquélla, revela ser producto de una vastísima cultura superior, sólo comparable á la elevada misión que le está encomendada y viene desempeñando con el acierto que es dado esperar de la posesión y ejercicio de las virtudes que tanto resplandecen en nuestro dignísimo Prelado.

DAMIÁN ESTADES

# SOCIOLOGÍA

## ALBERTO E. SCHÄFFLE

(1831-1903)

### I

«El mes de Diciembre de 1903 ha sido doblemente cruel para la sociología. El 8 moría M. Herbert Spencer. El 25, M. Alberto Schäffle le seguía al sepulcro. El más ilustre representante de nuestra ciencia en Alemania, después del más ilustre en Inglaterra...»

Así comienza M. Worms, en la *Revue Internationale de Sociologie* (1), su nota necrológica acerca de Schäffle.

En efecto: con Schäffle y con Spencer desaparecen dos de los más notables *fundadores* de la sociología moderna; la tradición de ésta, dentro de ciertos límites, podría resumirse en tres nombres principales. Hubo un momento, años hace ya, en que ese resumen sería legítimo, porque Comte, Spencer y Schäffle, sintetizaban respectivamente la iniciación primera más eficaz de la sociología, la sistematización de ésta como ciencia independiente de base biológica, y como expresión concreta de la evolución suoerorgánica, y una primera rectificación, crisis ó ruptura de moldes, para preparar nuevas reconstrucciones en las cuales habrían de desempeñar un papel importante la especulación, la acción ética, el idealismo crítico, la psicología...

(1) Número de Febrero último.

El *Curso de filosofía positiva*, de Comte; los *Principios de sociología*, de Spencer, y la *Estructura y vida del cuerpo social*, de Schäffle, acaso contienen esas tres fases porque ha pasado el pensamiento sociológico en el siglo XIX; claro es, no de una manera exclusiva ni tampoco pura, pero sí de una manera predominante y acentuada.

La muerte de Schäffle no ha producido en el mundo una repercusión tan universal y resonante como la de Spencar. Sin duda que el sabio alemán no era, dentro de la evolución total del espíritu científico y, de un modo más especial, del filosófico, una personalidad del relieve de la del sociólogo inglés. No era Schäffle un *filósofo* de sistema, constructivo ó demoledor, según se tome, ó ambas cosas, como Spencer: su huella, muy honda, muy visible, en aquellas disciplinas de su especialidad (la sociología y la economía), no puede señalarse como la del autor de los *Primeros principios*. Del primero que darán, sin duda, muchas cosas; pero del segundo quedará lo que dejan tras de sí los grandes renovadores del pensamiento racional, y, de un modo más ó menos inmediato, del *hacer* y de la *conducta*. Spencer, además de su obra científica, contenida en su *Sistema de filosofía sintética*, ha producido lo que podríamos llamar el *spencerismo*, el cual no es sólo una doctrina —filosófica evolucionista—, ni un sistema filosófico—de positivismo crítico—, ni una concepción de la realidad y del mundo —sobre la distinción de lo cognoscible y de lo incognoscible—, sino que es, además, un *gran influjo* que ha penetrado en miles de conciencias, que se ha apoderado de innumerables voluntades, que domina é impera, que se le ve produciendo consecuencias lejanísimas; en suma, es el *spencerismo* un factor positivo, en la civilización contemporánea.

## II

Nació Alberto E. Schäffle en Nurtinga, Würtemberg el 24 de Febrero de 1831 (1). Estudió en el Seminario de Schontal, y en la Universidad de Tubinga, de la cual llegó á ser Profesor de Economía política (1861), después de haber trabajado como redactor del periódico *Schwäbischen Merkur* (Stuttgart, 1850-60). De Tubinga pasó á la Universidad de Viena, desempeñando allí la misma cátedra.

Schäffle intervino de una manera activa en la política. Fué diputado en el *Landtag* de Wurtemberg, donde combatió la política de Prusia ó de Bismarck (1862). En 1868, Catedrático en Viena, fué elegido miembro del Parlamento aduanero (*Zollparlement*), desde el cual defendió á los alemanes del Sur, contra las pretensiones prusianas. Allí, en Viena, fundó Schäffle el *Economista Austriaco*, que atacó duramente la política del conde Beust, y el 7 de Febrero de 1871 fué llamado á desempeñar el Ministerio de Agricultura y Comercio en el Gabinete Hohenwart, tachado de ultraconservador y feudal; pero aunque se ha considerado al insigne sociólogo como el alma de aquella situación política, no cabe juzgar su obra de estadista, pues su existencia ministerial fué harto corta, pocos meses, para que pudiera desarrollar programa alguno de reformas.

Después de dejar el Ministerio, Schäffle se retiró á Stuttgart, y allí vivió, hasta su muerte, dedicado á la labor científica, y á los trabajos de reforma social. En 1872 fundó con otros publicistas la *Asociación para la política social.*

Las obras de Schäffle son muy numerosas: escribió mucho este eminente economista y sociólogo, unas veces como verdadero hombre de ciencia, como sistematizador y tratadista,

---

(1) V. *La quinta esencia del socialismo*, de Schäffle; prólogo de la traducción española de Buylla y Posada (1885). V. Giner, *Estudios y fragmentos sobre la teoría de la persona social.*

otras como publicista y periodista, como vulgarizador. En la importante *Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*, de Tubinga, que dirigió durante muchos años, hasta su muerte (últimamente asociado al Dr. K. Bücher, Profesor de Leipzig), pueden verse muchos de los estudios sociales y económicos de Schäffle. Todavía en los cuadernos segundo y tercero del año 1903 publicaba un artículo titulado *Die Notwendigkeil exakt entwickelungsgeschichtlicher Erklärung und exakt entwickelungsgesetzlicher Behandlung unserer Landwirtschaftsbedrangnis.*

Las labores ó trabajos propiamente científicos del sociólogo alemán se refieren de una manera casi exclusiva á las cuestiones de economía y sociología; los principales son los siguientes:

*Economía nacional* (1861).

*Sistema social de Economía humana.*

*Teoría de las condiciones exclusivas del mercado*, 1868.

*Capitalismo y socialismo*, 1870.

*Enciclopedia de la ciencia política.*

*Principios de política del impuesto.*

*La quinta esencia del socialismo.*

*Vanidad de la democracia social* (complemento de *La quinta esencia del socialismo*).

*La Incorporación de los créditos hipotecarios.*

*Estructura y vida del cuerpo social* (1896).—Dos partes: 1.ª Parte general ó Sociología general; 2.ª Sociología especial.

*Memorias coleccionadas* (dos tomos).

*Problemas fundamentales contemporáneos de Alemania* (1).

Schäffle es un autor que se cita muchísimo por los sociólogos y economistas de todos los países; pero á pesar de esto, no es un autor tan conocido, como se merece, fuera de Alemania,

(1) Escrito este artículo recibo el último cuaderno de la *Zeitschrift* de Schäffle (primer cuaderno de 1904), que ahora dirige el Dr. K. Bücher; en este cuaderno se comprende un largo trabajo del sabio sociólogo: *Nuevas investigaciones sobre los fundamentos de la Sociología.*

especialmente en Francia y en España. De todas sus obras, no conozco traducida al francés sino *La quinta esencia del socialismo*, que también se ha publicado en español. En italiano sólo conozco *La estructura y vida del cuerpo social* y el *Sistema social de Economía humana*, que forman parte de la *Biblioteca del Economista*, que dirige Boccardo.

Realmente, Schäffle no ha sido estudiado con el debido detenimiento por los sociólogos franceses, no pudiendo decirse que su doctrina sobre la sociedad, rectamente interpretada, se haya incorporado, como debía, al movimiento general de las ideas sociológicas en Francia. La primera interpretación dada del «organicismo» de Schäffle, no ha podido prevalecer (1). Así ha afirmado M. Worms, refiriéndose á la obra capital de sociología de Schäffle (*La estructura y vida del cuerpo social*), que «se ha dicho muchas veces que es una de las obras fundamentales consagradas á la defensa del organicismo. El amor á la exactitud nos obliga á modificar esta fórmula. Para el autor, la sociedad no es un organismo, sino simplemente una organización» (2). Mucho habría que decir sobre esto. Lo que Schäffle no quería era equiparar la sociedad al «auténtico organismo vivo», que diría M. de Roberty (3), porque el grupo social es *algo* más que una complejidad superior (lo cual, á mi ver, no supone necesariamente que no sea un organismo). «El grupo social, para Schäffle—recuerda el Sr. Giner—, aparece como un todo de masas inorgánicas y espirituales, que constituyen, no el término opuesto, sino el grado más alto de ascensión de todas las manifestaciones del mundo» (4). «En lo alto de los fenómenos—escribe el propio Schäffle—de nuestro mundo experimental, está el reino de las personas, la sociedad humana, el cuerpo social, la vida desenvuelta de los pueblos, apoyada

(1) V. Fouillée, *La ciencia social contemporánea*.
(2) *Revue* cit.
(3) *Nouveau programme de sociologie*.
(4) Ob. cit., págs. 86, 87. V. también *Filosofía y sociología*.

sobre la materia y sobre las fuerzas, sobre los cuerpos y sobre los movimientos de la naturaleza orgánica é inorgánica» (1).

La equivocación respecto de la posición, propia de Schäffle, ha nacido, sin duda, del título de su obra, en la cual se habla de «*vida* del *cuerpo* social». Ya en otra ocasión lo hacíamos notar. El título de la obra de Schäffle predispone á considerarle como un sociólogo de la escuela de Spencer y de Lilienfeld; y si el lector no se detiene en el título, y avanza y lee (la primera edición, pues en otra ulterior que no conozco directamente, el autor se aparta al parecer de la terminología fisiológica), todavía se sentirá más inclinado á clasificar al sociólogo entre los «organicistas» del biologismo. Se habla en ella, en efecto, de *las formas y las funciones orgánicas, de la familia como célula social, de patología y terapéutica de la célula social, de histología social, de organografía de las sociedades*, etc., etc. (2).

Pero aun sin engolfarse en las páginas nutridísimas de la obra de Schäffle, bastaría leer con cuidado el prólogo de la primera edición, para ponerse un poco en guardia sobre la filiación exacta del espíritu científico del autor. «Esta obra—dice—comprenderá un *análisis sistemático de las principales* INSTITUCIONES *y de las principales* FUNCIONES *de la sociedad humana*» (3); era preciso fijarse en esas dos palabras: *funciones, instituciones*, que son las del lenguaje sociológico propiamente dicho; porque á la institución la llamemos *órgano*, la cosa no cambia radicalmente. «Pero—añade más adelante el autor—las *analogías reales* de la biología, descubiertas por Comte, Littré, Spencer y especialmente por Lilienfeld, las he seguido sistemáticamente. Analogías «reales» de esta naturaleza deben y pueden realmente existir, porque el cuerpo social, con la energía de los cuerpos orgánicos y con la fuerza de la naturaleza

(1) Schäffle, *Est. y vida del c. s.*, t. I, pág. 9 (trad. ital.).
(2) V. mi artículo *La literatura de la sociología* (1889) en mi libro *Literatura y problemas de la sociología.*
(3) Ob. cit., I, pág. 3.

inorgánica, está frente á las mismas condiciones externas de la vida que los organismos. Pero creo haber evitado los peligros de la analogía, el desconocimiento de las diferencias y la alegoría no científica: las mismas ideas de «organismo» y «orgánico», para indicar figuras y procesos sociales, he procurado, por lo general, evitarlas; las expresiones «órganos», para indicar las más complejas instituciones sociales; «tejidos», para señalar las instituciones simples formadas de personas y de bienes, y la equiparación de la familia con la célula orgánica, del poder ejecutivo, como impulso social del movimiento, á la actividad motriz de los nervios, y otras parecidas, *podrán ser completamente eliminadas por todo lector inteligente*, sin que el análisis hecho pierda otra cosa que la analogía y su claridad» (1). Y tanto podían eliminarse, que, como más arriba indico, y recuerda el Sr. Giner (2), Schäffle, en la última edición (de 1896) de la *Estructura*, se aparta de la terminología fisiológica que, á semejanza de Lilienfeld, había adoptado (3). Lo que ayuda á demostrar que Schäffle no era un sociólogo partidario del «organicismo» fisiológico: empleaba la analogía como un procedimiento sugestivo y aclaratorio.

Sin que podamos caracterizar, y menos aún razonar, la concepción sociológica de Schäffle, quizá pueda asegurarse, que su punto de vista general entraña una combinación del *realismo*; es decir, del reconocimiento de la realidad de la existencia y de la vida social, y del idealismo psicológico; no está Schäffle, ni en la corriente que propende á ver «lo social» como una pura relación mental, ni en la que se inclina á con-

---

(1) Ob. cit., pág. 5.
(2) Ob. cit., pág. 231, nota.
(3) «Es extraño—añade el Sr. Giner—que en las discusiones del Congreso internacional de Sociología de 1897 nadie se haya hecho cargo de esta rectificación de Schäffle, ni aun los adversarios de la teoría del organismo social, á quienes más interesaba» (ob. cit., página 232, nota), lo cual abona mi indicación de más arriba respecto de lo poco estudiado (y comprendido) que Schäffle ha sido por parte de la sociología francesa.

siderar *lo social*, como el fenómeno producto de la actividad colectiva de la sociedad, como un ser; está quizá entre las dos corrientes, manteniendo una posición propia. La sociedad—sea ó no sea un organismo—como tipo superior de vida universal, es cosa real, es una sustantividad, en la cual se ha de ver la acción de los múltiples y complejos elementos inorgánicos, orgánicos y psicológicos é ideológicos que la integran. En cierto sentido, Schäffle representa un ensayo de síntesis, comprensivo del biologismo y del psicologismo, del positivismo y del idealismo especulativo, en sociología.

En España, aunque Schäffle no sea muy conocido, creo yo que sus doctrinas sociológicas y económicas han sido interpretadas con especial exactitud, y estudiadas en fuentes muy directas. Libro de Schäffle en español no conozco más que *La quinta esencia del socialismo*; pero en cambio se ha publicado entre nosotros una exposición muy completa de las ideas del insigne sociólogo. Puede verse esto en los *Estudios* del Sr. Giner *sobre la Persona social*; allí figuran analizadas y expuestas críticamente, sobre todo, dos de las obras capitales de Schäffle: la *Estructura* y los *Problemas fundamentales contemporáneos en Alemania*.

III

Por lo demás, nada tiene de extraño que ofrezca graves dificultades la tarea de caracterizar la representación científica, y la posición filosófica, de Schäffle, ante los problemas sociológico y social (económico social más bien). Hay, entre otras, dos razones que pueden explicar las interpretaciones equivocadas ó incompletas de la obra de nuestro autor: es la primera, lo complejo de la filiación de su pensamiento, que se refleja en la manera también compleja, según la cual expone las cuestiones y las examina; es la segunda, lo vacilante que Schäffle se manifiesta á veces en ciertas soluciones de alcance social.

No es, en verdad, el sociólogo alemán un espíritu diáfano, claro, de sistema cerrado, de complexión sencilla, de orienta-

ción fija y determinada; es más bien enciclopédico y abierto, y se muestra influído por las corrientes más encontradas.

Schäffle, dice el Sr. Giner, «pertenece al grupo de personalidades culminantes que aplican hoy día á los problemas sociales, un espíritu de concordia entre la investigación experimental y las ideas especulativas» (1). Hay, sin duda, en el gran pensador de Stuttgart de todo: mucho idealismo constructivo y mucho experimentalismo, combinados en dosis muy variables, según los casos, los problemas y los momentos, para producir siempre un realismo especulativo, aunque á veces recubierto por una capa muy exterior, como se ha visto, de subido color fisiológico. «Los fundamentos filosóficos generales de su doctrina, nos dice el Sr. Giner, están principalmente elaborados bajo el influjo, por una parte, de Leibnitz y de Krause, de quienes explícitamente se reconoce deudor, y por otra, de Kant, Lotze y Wundt. Su concepción fundamental del mundo, su metafísica, que diríamos, es un «monismo idealista», para usar sus propias palabras, de cierta afinidad con el sentido de Wundt...» «La concepción jurídica de Schäffle oscila entre la mecánica y la ética, y señaladamente entre Kant y Krause» (2).

Orientada en un principio sobre todo, y dentro de ciertas direcciones más especialmente, la sociología, en un sentido biológico, como pura ciencia de observación empírica; considerada tantas veces la sociedad como un puro fenómeno natural, determinado por las condiciones materiales del medio; interpretada la concepción orgánica de lo social de la manera que lo ha hecho el *organismo* fisiológico, y opuesta la ciencia de las sociedades y el carácter *científico* de las indagaciones sociológicas á la *filosofía* de la historia, al idealismo y á todo influjo especulativo, nada tiene de extraño que tropezara con dificultades mil de comprensión, la manera de considerar el

(1) Ob. cit., p. 299,
(2) Ob. cit. p. 302.

problema de la estructura y vida del cuerpo social de Schäffle, positivista por un lado, pero idealista y especulativa por otro, y llena del influjo de la filosofía *presociológica* alemana.

## IV

Como he indicado, no sólo se han formulado interpretaciones equivocadas de las ideas *sociológicas* de Schäffle, sino que también se ha interpretado erróneamente su posición ante el problema social. En este respecto, es curioso el caso de *La quinta esencia del socialismo*. Escrita ésta en 1874 para el *Deutsche Blätter*, con el objeto exclusivo, según el autor, «de presentar á un público completamente heterogéneo, un esbozo científico y popular al prop o tiempo, de las consecuencias económicas del socialismo moderno» (1), «se ha querido ver en él un pequeño Catecismo del colectivismo democrático, tal como lo propaga y define la democracia social alemana, según la idea de K. Marx» (2). Tan cierto es esto, que el opúsculo fué considerado como obra de propaganda socialista, agotándose principalmente en el partido seis ediciones, que suman 20.000 ejemplares, llegando á prohibirse (aunque por horas no más) su circulación. Y fuera de Alemania, en Francia, *La quinta esencia* se publicó en la *Biblioteca de Malón* al lado de obras de Lasalle y de Lafargue.

Sin embargo de lo cual, *La quinta esencia del socialismo* no era la labor de un *colectivista*.

Así nos pareció á Buylla y á mí, cuando decidimos traducirla al castellano en 1885, confirmando nuestra opinión el autor mismo en el prólogo, que á ruego nuestro escribió para la edición española, y reafirmada luego en el cap. IX que va como apéndice de ésta, y en otro trabajo sobre la *Vanidad de la democracia social*.

---

(1) V. trad. esp., pág. XV.
(2) Id., pág. XVII.

«No hago—decía Schäffle en *La quinta esencia*—ninguna proposición, y me limito á dar una exposición del pensamiento fundamental socialista.» Schäffle, en efecto, no era un colectivista marxista.

Pero el error de interpretación era explicable. *La quinta esencia* respira simpatía hacia una organización colectivista; y aunque el autor protesta muchas veces contra el colectivismo cerrado, y sobre todo, contra el socialismo revolucionario, su espíritu está impregnado de «socialismo» desde sus primeros escritos ya. Y cuenta que la tendencia, si no socialista, intervencionista originaria, se ha acentuado con el tiempo.

Porque Schäffle no se ha parado en una primera y definitiva postura, ante el complejísimo problema de los «dolores sociales»; ha evolucionado, ha cambiado, á medida que el tiempo y el trabajo le hacían ver las diferentes fases de la cuestión social. Sin duda, hay en toda la labor de Schäffle como «sociólogo de tendencia y de acción», una característica constante: estriba ésta, como ha hecho notar el Sr. Giner, en su adhesión «á una «política social» que, sin subvertir las bases actuales de la organización economica, atenúe sus inconvenientes, sus vicios y sus ásperas luchas inhumanas, ennobleciendo á un tiempo al trabajador y al capitalista, y confiando (en parte) esta intervención tutelar y pacificadora al Estado» (1); pero seguramente el alcance de esa política social ha cambiado en la historia del pensamiento reformista del sabio sociólogo, que últimamente se distinguió de los socialistas de cátedra, según el Sr. Giner, «por admitir ahora el colectivismo, al menos en hipótesis».

***

Y termino con lo expuesto estas ligeras observaciones acerca del insigne maestro, que la ciencia acaba de perder.

---

(1) Ob. cit.

El nombre de Schäffle es uno de los que tendrán que citarse con respeto en la historia de la sociologia, y, en general, y como uno de los fundadores de ésta, en la historia del pensamiento filosófico de nuestros tiempos, en sus relaciones con los grandes problemas sociales, éticos y jurídicos.

ADOLFO POSADA,
Profesor de la Universidad de Oviedo

# SOCIOLOGÍA Y CIENCIAS SOCIALES (*)

*(Conclusión.)*

---

De cierto no debe discutirse á la sociología el derecho de constituirse por abstracción: no hay ciencia que se constituya de otra manera. Sólo que es necesario que las abstracciones sean conducidas metódicamente, que dividan las cosas según sus articulaciones naturales. Para clasificar los hechos en categorías distintas, y, sobre todo, para asignarlos á ciencias diferentes, es, además, necesario que no sean de la misma naturaleza, y que no se impliquen mutuamente hasta ser inexplicables los unos sin los otros. Para justificar la definición que se nos propone de la sociología, no basta, pues, recordar el ejemplo de las ciencias que proceden por abstracción: es necesario probar que la abstracción á que se recurre está conforme con la naturaleza de las cosas.

Ahora bien: ¿con qué derecho se separan tan radicalmente el continente y el contenido de la sociedad? Sin duda, es perfectamente exacto, que no todo lo que pasa en la sociedad es social; pero no ocurre lo mismo, así se reconoce, con todo lo que se produce en la sociedad y *por ella*. Para poder poner fuera de la sociología los fenómenos diversos que constituyen la trama misma de la vida social, sería preciso, pues, haber establecido que no son la obra de la comunidad, sino que, aunque

---

(*) Véase la pág. 130 de este tomo.—(*N. de la R.*)

proviniendo de otros orígenes, vienen á llenar y á utilizar los cuadros que la sociedad les ofrece. Mas es difícil percibir por qué las tradiciones colectivas, las prácticas colectivas de la religión, del derecho, de la moral, de la economía política, han de ser cosas menos sociales, que las formas exteriores de la colectividad. Por poco que se entre en contacto con esos hechos, es imposible, por el contrario, no sentir como presente la mano de la sociedad que los elabora y cuyo sello llevan ostensiblemente. Son la sociedad misma, viva y que obra, porque por su derecho, por su moral, por su religión, etc., es por lo que una sociedad se caracteriza. No se hace bien, pues, al colocarles fuera de la sociología. Una oposición tan terminante entre el continente y el contenido de la sociedad, es hasta particularmente inconcebible desde el punto de vista en que M. Simmel se coloca. Si admitiese, con otros sociólogos, que la sociedad, como cuerpo, tiene un modo de acción que le es propio, y que no se confunde con las interacciones individuales, las formas de la asociación podrían considerarse como el resultado de esta acción *sui generis*; por consiguiente, no habría contradicción en que se les pudiera estudiar, hecha abstracción de la materia á la cual se aplican, porque no provendrían de ella. Pero precisamente M. Simmel rechaza esta concepción. Para él, la sociedad no es una causa operante y productora (1); no es más que el resultado de las acciones y reacciones cambiadas entre las partes; es decir, entre los individuos. En otros términos: el contenido es el que determina el

(1) Hay en la idea del autor una contradicción, que nos parece irresoluble. Según él, la sociología debe comprender todo lo que se produce *por la sociedad*, lo que parece implicar una cierta eficacia de la colectividad. Por otra parte, le niega esta eficacia: ella no es para él más que un producto. En el fondo, esas formas sociales de que habla no tienen realidad por sí mismas; no son más que el esquema de las interacciones individuales subyacentes. No son independientes más que en apariencia. (V. *Anneé. soc.*, I, 74, y *Social differ.*, página 13.) ¿Cómo, pues, se puede asignar á ciencias distintas, cosas que no son independientes más que para una observación superficial y errónea?

continente; la materia la que produce la forma. Pero, entonces, ¿cómo será posible comprender nada en esta forma si se hace abstracción de esta materia, que constituye toda la realidad?

No sólo semejante abstracción no tiene nada de metódica, toda vez que tiene por efecto separar cosas esencialmente inseparables, sino que además lo abstracto que así se obtiene está falto de toda determinación. Á primera vista podría creerse que por *formas sociales* ó *formas de la asociación*, M. Simmel entiende el aspecto morfológico de las sociedades, es decir, su base geográfica, la masa y la densidad de la población, la composición de los grupos secundarios y su distribución en el espacio social: he ahí, en efecto, á lo que parece, el continente de la sociedad, y el término así empleado tendría un sentido definido. Pero si se atiende á los ejemplos que da M. Simmel mismo, para aclarar su pensamiento, se verá que la palabra tiene para él otra acepción: la división del trabajo, la concurrencia, el estado de dependencia de lo individual frente al grupo, la imitación, la oposición, no son en manera alguna fenómenos morfológicos. En definitiva, hasta donde es posible precisar un concepto, que en el fondo es muy ambiguo, parece como que por formas sociales se debe entender, los tipos más generales de las relaciones de todas clases que en el interior de una sociedad se anidan. En ciertos respectos pueden compararse con los moldes cuya forma reproducen las relaciones más particulares, y las cuales, por tanto, constituyen su materia: por tal modo cabe explicar las expresiones empleadas. Pero bien se ve que sólo se trata de metáforas, cuya exactitud es muy discutible. En realidad, no hay ahí ni continente ni contenido, sino dos aspectos de la vida social: el uno más general, y el otro más especial; y así, volvemos, bajo una forma ligeramente distinta, á la concepción que diferencia la sociología y las ciencias sociales por la desigual generalidad de su objeto.

Ahora bien: ya hemos visto qué objeciones suscita esta

concepción: son aquí aun más apremiantes. Aparte de que es difícil comprender por qué hechos de la misma naturaleza se clasifican en géneros diferentes y atribuídos á ciencias distintas, por la única razón de que no son igualmente generales, ninguna regla, ningún criterio objetivo permite determinar el grado de generalidad que debe tener un fenómeno, para que pueda ser considerado como sociológico. ¿Será preciso que se presente en todas las sociedades ó sólo en algunas, en todas las esferas de la vida colectiva ó en varias? Una forma de organización, que no se observa más que en un pequeño número de pueblos, como la institución de las castas, ó que es especial á un solo órgano de la sociedad, como la distribución de los fieles en una iglesia en gentes consagradas y en simples profanos, ¿deberá excluirse de la sociología por esencial que sea? No hay ningún medio de responder á esa pregunta; la fantasía del autor decide. Según sus tendencias y la manera cómo ve las cosas, extiende ó restringe el círculo de los hechos sociales. Aunque las sociedades secretas sean particulares y propias de medios sociales muy determinados, se estima «que suscitan un problema sociológico, siempre que se tenga de las formas de la sociedad una idea suficientemente amplia» (1). La organización política es ya una forma especial de la organización social; la aristocracia es por sí una forma especial de organización política, y, sin embargo, se comprende la aristocracia entre los objetos de la sociología. Por otra parte, como se reclama para la sociología el derecho de estudiar, además de la forma general de asociación, las determinaciones que ésta toma «bajo el influjo de la materia particular según la cual se realiza», se procura por tal manera el medio de apartar indefinidamente los límites de la ciencia, hasta comprender en ellos, si se quiere, casi todo ese contenido, que se debe excluir con gran cuidado, porque las relaciones de que se trata

(1) *Le problème de la soc.*, en la *Rev. de met.*, pág. 501 502, nota. Todas las citas que siguen son del mismo pasaje.

son determinaciones de esas relaciones más generales, llamadas formas, del propio modo que éstas expresan lo que hay de más general en aquéllas. Pero si ello es así, ¿dónde detenerse? Bajo pretexto de circunscribir estrechamente el campo de la investigación, se le abandona á la arbitrariedad contingente de los temperamentos individuales. No sólo resultan las fronteras flotantes, sino que no se ve por qué han de estar situadas aquí ó allá. Por otra parte, esta indeterminación que censuramos á M. Simmel, no está sólo implícita de una manera lógica y virtual en sus principios: de hecho caracteriza todos sus trabajos. Los problemas que allí se abordan, no se refieren á categorías de hechos determinados: son temas generales de meditación filosófica. Cada estudio es un bosquejo de la sociedad, considerada bajo un aspecto particular. Aquí, la sociedad se estudia desde el punto de vista de la diferenciación; allá, desde el de su conservación (1); en otras partes, desde el de la distribución de los individuos en superiores y en subordinados (2). Según los azares de la inspiración, las cuestiones tratadas, gracias á su falta de precisión, se extienden ó se contraen: los hechos más diversos, los más apartados, se aproximan y juntan. Se concibe que en esas condiciones no puede haber prueba regular, porque esta no es posible sino en la medida en que el sabio se contrae á un objeto definido.

De cualquier manera, pues, que ello se tome, separar la sociología de las ciencias sociales es separarla, ó, cuando menos, alejarla de lo real; es reducirla á no ser más que una filosofía formal y vaga; es retirarla, por tanto, los caracteres distintivos de toda ciencia positiva. Y á esta separación contranaturaleza es, sin duda, á la que debe atribuirse el estado alarmante en que se encuentran hoy los estudios sociológicos. No cabe desconocer, en efecto, que, á pesar de la abundancia relativa de la producción, no dan aquéllos la impresión sino de

(1) *Comment les formes sociales se maintiennent.*
(2) *Superiority and subordination*, en el *American Journal of Sociology*, 1896.

un movimiento que no avanza, que no podrá prolongarse sin desacreditarlos. Cada sociólogo se propone como objetivo formarse una teoría completa de la sociedad. Ahora bien: sistemas de tal amplitud no pueden evidentemente consistir sino en puntos de vista personales, que, sea cual fuere su importancia, tienen á lo menos el inconveniente de referirse á la personalidad, al temperamento de cada autor, de una manera demasiado estrecha para que puedan separarse fácilmente. De donde resulta que, encontrándose cada pensador encerrado en su propia doctrina, toda división del trabajo, como toda continuidad en la investigación, se hacen imposibles, y, por consiguiente, se hace imposible todo progreso. Porque para conseguir poco á poco dominar una realidad de una extensión y una complejidad tales, es necesario que en cada momento se distribuyan la tarea el mayor número posible de trabajadores, y que hasta las generaciones sucesivas puedan cooperar. Ahora, semejante cooperación no es posib'e más que si los problemas salen de esta generalidad indivisa, para diferenciarse y especializarse.

## III

La enseñanza que se desprende del estado actual de la sociología no es, pues, en manera alguna, que la concepción comtiana fuera estéril, y que la idea de una ciencia positiva de las sociedades, comparable á la biología, deba ser abandonada. Por el contrario, esta idea conserva aún hoy todo su valor, y es preciso acogerse á ella resueltamente. Mas para que sea fecunda, es necesario aplicarla á la materia que conviene, es decir, á la totalidad de los hechos sociales, sin excepción. No hay para qué aislar tal ó cual aspecto de ella para hacer de él el objeto especial de la ciencia nueva, del propio modo que la biología no trata de tal ó cual aspecto de los fenómenos vitales antes que de tal otro. La sociología no es nada, si no es la ciencia de las sociedades, consideradas á la vez en su organi-

zación, en su funcionamiento, en su *devenir*. Todo lo que entra en su constitución ó en la trama de su desenvolvimiento, toca á los sociólogos. Una multitud tal de fenómenos no puede, evidentemente, ser estudiada, sino gracias á un cierto número de disciplinas especiales, entre las cuales se distribuyen los hechos sociales, y que se completan entre sí. Por consiguiente, la sociología no puede ser sino el sistema de las ciencias sociológicas.

Pero esto no quiere decir que no sea más que un vocablo nuevo puesto á una categoría de cosas tiempo hace existentes, y que la forma comtista sea puramente verbal. La palabra sociología resume é implica todo un conjunto de ideas nuevas, á saber: que los hechos sociales son solidarios unos de otros, y sobre todo que deben ser tratados como fenómenos naturales, sometidos á leyes necesarias. Decir que las diferentes ciencias sociales deben llegar á ser ramas particulares de la sociología, es, pues, afirmar que deben ser también ciencias positivas, abrirse al espíritu de donde proceden las demás ciencias de la naturaleza, inspirarse en los métodos que usan, aunque conservando su autonomía propia. Ahora bien, han nacido fuera del círculo de las ciencias naturales. Anteriores á la aparición de la idea sociológica, se han encontrado, por lo mismo, sustraídas á su influjo. Integrarlas en la sociología no es, pues, sólo imponerlas una nueva denominación genérica; es indicar que deben orientarse en un sentido nuevo. Esta noción de ley natural, que Comte ha tenido la gloria de extender al reino social en general, se trata de hacerla penetrar en el detalle de los hechos, de aclimatarla en sus investigaciones especiales donde primitivamente faltaba, y donde no puede introducirse sin determinar en ellas una completa renovación. He ahí, á nuestro parecer, la tarea actual del sociólogo, y también el verdadero medio de continuar la obra de Comte y de Spencer, porque equivale á conservar su principio fundamental, pero dándole todo su valor en cuanto se lo aplica, no sólo á una categoría restringida y más ó menos arbitrariamente escogida de

fenómenos sociales, sino á la vida social en toda su extensión.

Lejos de que una empresa tal se reduzca á un mero enriquecer del vocabulario, podría más bien temerse, dados los primeros pasos, que sea difícil de realizar antes de mucho tiempo. Dado, en efecto, el antagonismo original de la sociología y de las ciencias llamadas sociales (Historia, Economía política, etc.), podría parecer que éstas no son susceptibles de tomar un carácter sociológico, sin una verdadera revolución que haría tabla rasa de cuanto existe, para sacar de la nada todo un cuerpo de ciencias que no tienen existencia. Si tal hubiera de ser la tarea del sociólogo, sería singularmente árdua y de una salida incierta. Pero lo que facilita, lo que hasta permite esperar resultados próximos, son los cambios que se han producido espontáneamente en el curso de estos cincuenta últimos años, en las ideas de autores en que se inspiran los especialistas. Ellos mismos han comenzado á orientarse en un sentido sociológico. Se ha efectuado, con esos medios particulares, un trabajo muy importante, que, para no ser obra de sociólogos, propiamente dicho, está ciertamente destinado á afectar profundamente el desenvolvimiento futuro de la sociología. Importa tenerlo en cuenta, porque, aparte de que esta evolución espontánea prueba la posibilidad del progreso, cuya urgencia hemos hecho ver, permite comprender mejor cómo puede y debe realizarse.

Ante todo, no hace falta recordar detenidamente la gran transformación por la cual ha pasado el método histórico en el curso del siglo. Por encima de los acontecimientos particulares y contingentes, cuya continuidad constituye la historia aparente de las sociedades, los historiadores han ido á buscar algo más fundamental y más permanente, sobre qué basar de una manera más sólida sus investigaciones. Ese algo son las instituciones. Las instituciones son, en efecto, á esos incidentes exteriores, lo que en el individuo la naturaleza, y el modo de funcionar sus órganos son á las tareas de todas clases, que llenan nuestra vida cotidiana. De esa manera, la historia

cesa de ser un estudio narrativo, para abrirse al análisis científico. Porque los hechos, que se encuentran eliminados ó rechazados en segundo término son, de todas las manifestaciones colectivas, los más refractarios á la ciencia, siendo esencialmente propios de cada individualidad social, considerada en un momento dado de su carrera. No tienen semejantes de una sociedad á otra, ni en el seno de una misma sociedad. Las guerras, los tratados, las intrigas de las Cortes ó de las Asambleas, los actos de los hombres de Estado, son combinaciones que jamás se parecen; no cabe, pues, más que referirlas, y, bien ó mal, parece que no proceden de ninguna ley definida. Puede decirse, en todo caso, con certeza, que si tales leyes existen, son de las más difíciles de descubrir. Por el contrario, las instituciones, aunque evolucionan, conservan sus rasgos esenciales durante largos períodos, y hasta á veces en toda la serie de una misma existencia colectiva, porque expresan lo que hay de más profundamente constitucional en toda organización social. Por otro lado, una vez despojados de ese revestimiento de hechos particulares, que ocultan su estructura interna, se advierte que ésta, aunque varíe de un país á otro, más ó menos, presenta, sin embargo, analogías notables en sociedades diferentes; por tal manera se hicieron posibles aproximaciones y referencias, naciendo la historia comparada. Los germanistas y los romanistas alemanes Maurer, Wilda, etc, establecieron concordancias entre las leyes de los diversos países germanos y romanos. Por la comparación de los textos clásicos relativos á la organización de las ciudades griegas y latinas, Fustel de Coulanges llegó á constituir, en sus líneas esenciales, el tipo abstracto de la ciudad. En Sumner Maine, el campo de la comparación, aun más amplio, comprendió Grecia é Italia, la India é Irlanda, los países eslavos, y surgieron semejanzas, no sospechadas, entre pueblos que hasta entonces pasaban por no tener rasgos comunes.

Nada testifica la importancia de las transformaciones científicas que acaban de señalarse, como la evolución efectuada

en el curso del siglo XIX por la Economía política. Bajo el influjo de diferentes ideas, por lo demás mal definidas, pero que es posible reducir á dos tipos principales, ha perdido entre los economistas alemanes algunos de los caracteres que permitían á Comte oponerla á la sociología, como el tipo de las construcciones ideológicas. Para establecer la legitimidad del proteccionismo, y más generalmente de la acción económica del Estado, List ha reobrado á la vez contra el individualismo y contra el cosmotilismo de la economía liberal; el *Sistema nacional de Economía política*, tiene por principio que entre la humanidad y el individuo hay la *nación*, con su lengua, su literatura, sus instituciones, sus costumbres, su pasado. La Economía clásica ha forjado un mundo económico que no existe, la *Güterwelt*, mundo aislado, do quiera idéntico á sí propio, y en el cual el conflicto de las fuerzas puramente individuales, se resolvería según leyes económicas ineludibles. En realidad, en el seno de colectividades, diferentes unas de otras, es como los individuos hacen esfuerzos para enriquecerse, y la naturaleza de esos esfuerzos cambian, y su éxito no es el mismo, según los caracteres de la colectividad en que se manifiestan. Ese principio tiene como consecuencia práctica que el Estado, por las reformas que introduce, por su política exterior, obra sobre la conducta económica de los individuos, resultando como consecuencia teórica que las leyes económicas varían de pueblo á pueblo, y que, por tanto, la Economía abstracta, ó *à priori*, debe ser sustituída por una *Economía nacional*, apoyada en la observación. Seguramente, el concepto de *nación* es una idea mística, oscura, y la definición misma de la Economía nacional excluye la posibilidad de verdaderas leyes científicas, por que concibe su objeto como único y rechaza la comparación. List, sin embargo, había realizado un progreso importante, introduciendo en la especulación económica la idea de que la sociedad es un ser real, y que la manifestación de su vida propia, está con los fenómenos económicos, en relaciones de reacción recíproca.

El *Socialismo de la Cátedra*, al tratar á su vez de fundar teóricamente su concepción política del papel del Estado, ha recogido y perfeccionado la idea de List; no basta decir que la actividad económica de los individuos esté bajo la dependencia de los fenómenos sociales; hay que añadir además que sólo por abstracción se puede hablar de actividad económica individual. Lo real es la *Volkswirtschaft*, que es el objeto inmediato de la ciencia económica; ésta se ocupa esencialmente de los intereses sociales, y por vía de consecuencia sólo de los intereses individuales. Aquí la Economía política, aunque conserva un carácter normativo, más bien que especulativo, se concibe por lo menos como una ciencia social, que tiene por objeto fenómenos propiamente sociales, de la misma naturaleza que las instituciones jurídicas, las costumbres, á las cuales se les reconoce ya como ligadas por una relación de interdependencia.

Otro progreso, solidario del primero, se ha realizado al mismo tiempo. El espíritu histórico se relaciona con todos los rasgos particulares que distinguen unas de las otras las sociedades y las épocas: la *Economía nacional* debía, pues, encontrar en la historia argumentos contra las teorías universalistas de la escuela clásica: desde un principio, List recomienda el método histórico. Y por otra parte, el fundador de la *Escuela histórica*, Roscher, no separa el estudio de los hechos económicos del de los jurídicos en particular, del de los hechos sociales en general: la lengua, la religión, el arte, la ciencia, el derecho, el Estado y la economía, son los diversos aspectos de un todo, que es la vida nacional. Pero esta escuela ha tenido sobre la evolución de la economía política un influjo original: ha tomado una actitud más claramente especulativa, y sin haber renunciado jamás completamente á ver en la investigación histórica, un medio de juzgar el valor de una acción política determinada en circunstancias dadas, se ha interesado por los hechos lejanos en el espacio ó en el tiempo, esforzándose por estudiarlos únicamente para comprenderlos. Introdujo en al-

guna manera la comparación en la historia económica: entre sus representantes más recientes, uno, Schmoller, ha formulado claramente la idea de que las leyes económicas son leyes inductivas; otro, Bücher, ha bosquejado una clasificación de los *régimenes económicos*, constituyendo así los tipos abstractos á que pertenecen, por su organización económica, todos los pueblos actuales ó pasados. Ambos, y especialmente el último, no se contentan ya con estudiar las sociedades históricas, y piden á la etnografía algunas noticias sobre el estado económico de las sociedades inferiores.

Pero lo que constituye la gran novedad es, más aún que esta renovación de la historia y de la economía, la aparición de todo un cuerpo de disciplinas nuevas, que, por la naturaleza misma de los problemas que plantean, se vieron llevadas desde un principio á establecer principios y á practicar métodos hasta entonces ignorados.

Figuran en primer término estas dos ciencias conexas, la antropología ó etnografía de un lado, la ciencia ó historia de las civilizaciones de otro. Desde principios del siglo XIX, Humboldt, apoyándose en los hechos ya reunidos, había podido proclamar, como un axioma fundamental, la unidad del espíritu humano: lo que implicaba la posibilidad de una comparación entre los diferentes productos históricos de la actividad humana. Una vez admitido ese postulado, hubo por modo natural, para establecer la unidad de las civilizaciones humanas, que estudiarlas y clasificarlas, así como las razas y las lenguas. Tal fué la obra de Klemm en Alemania, en su *Kulturgeschichte;* Prichard en Inglaterra, en su *History of Man.* La constitución de la arqueología prehistórica, confirmando de una manera notable que la raza humana muy antigua, ha debido pasar por un estado vecino de aquel en que le han detenido los salvajes actualmente observables, vino también á ensanchar el campo de sus estudios y á fortificar sus métodos. Por tal modo resultaba demostrada, no sólo la unidad del espíritu humano, sino la identidad relativa de la evolución hu-

mana. Una vez el impulso dado, los descubrimientos de la etnografía se multiplicaron, llamando la atención sobre la notable analogía entre los pueblos más diversos. Es lo que resultaba ya de las enciclopedias parciales de Schoolcraft (1), de Bancroft (2); pero quien lo puso en evidencia, sobre todo, fué la gran obra de Waitz Gerland (3), donde está sintetizado el trabajo etnográfico y antropológico de toda una época.

Sin embargo, esas síntesis eran casi exclusivamente descriptivas. A propósito de los fenómenos jurídicos, se intentó el primer ensayo de sistematización explicativa. Los descubrimientos relativos á la historia de la familia contribuyeron, en gran parte, á ese resultado. Por discutibles que fueran en ciertos respectos las teorías de Bachofen, de Morgan, Mac Lenan, etc., probaban con toda evidencia la existencia de formas familiares, muy diferentes de las conocidas hasta entonces, á la vez que su generalidad. No era un hecho insignificante la notable identidad de las nomenclaturas de parentesco en Australia y en los Pieles Rojas de América del Norte. Las semejanzas entre los clanes iroqueses y las *gens* romanas, aunque exageradas por Morgan, no eran, sin embargo, ficticias. Se consignaron otros análogos en el derecho criminal y en el de propiedad. Y por tal camino se fundó una escuela de derecho comparado que se dedicó á poner de relieve esas concordancias, á clasificarlas sistemáticamente y procurar explicarlas. Tal es la escuela de la *jurisprudencia etnológica* ó de la *etnología jurídica*, de la cual puede considerarse como fundador Herman Post, y á la cual pertenecen también los nombres de Kohler, Bernhoeft y el mismo Steimmetz.

El estudio de las religiones pasó por una evolución casi idéntica. Con el auxilio de la gramática comparada, Max Mu-

---

(1) *Hist. Condition, and Prospects of the Indian Tribes of the United States North American.*
(2) *The nat. Rac. of the Pacific States of North American.*
(3) *Anthrop. der Naturvölker*, 1853, 1872.

ller había fundado una «mitología comparada»; pero este estudio comparativo limitóse, durante largo tiempo, á las solas religiones históricas de los pueblos arios. Bajo el influjo de la etnografía y de la antropología (ó etnología, como dicen los ingleses), es como se ensanchó el campo de la comparación. Numerosos sabios, Mannhardt en Alemania; Tylor, Lang, Robertson, Smith, Frazer, Sidney Hartlad en Inglaterra, Wilken en Holanda, reunieron un número considerable de hechos que tendían á demostrar la uniformidad de las creencias y prácticas religiosas, en toda la humanidad. Armada con la teoría de la *supervivencia*, los mismos autores anexionaron de golpe á la ciencia comparada de las religiones, toda la masa de hechos que el *Folklore*, ó *Valkskunde* de los alemanes observaba, registraba y reunía desde el comienzo del siglo, y que por tal manera alcanzaron hasta una nueva significación. Las costumbres agrarias de nuestros países, las prácticas mágicas, las ideas relativas á los muertos, los cuentos y las leyendas, aparecieron como los residuos de antiguos cultos y de antiguas creencias. Así las religiones de las sociedades más altamente civilizadas y las de los pueblos más inferiores, se relacionaron entre sí y sirvieron para explicarse mutuamente.

Lo que de todas esas investigaciones se vino á desprender, es que los fenómenos sociales no pueden considerarse ya como el producto de combinaciones contingentes, de voluntades arbitrarias, de circunstancias locales y fortuitas. Su generalidad atestigua, que dependen esencialmente de causas generales que, donde se han presentado, producen sus efectos, siempre los mismos, con una necesidad igual á la de las demás causas naturales. La jurisprudencia etnológica, dice Post, «ha descubierto en la vida jurídica de todos los pueblos de la naturaleza paralelismos extensos, que no pueden referirse á coincidencias puramente accidentales, sino que deben considerarse como emanaciones de la naturaleza humana en general. Este descubrimiento confirma una de las proposiciones más fundamentales de la etnología moderna, á saber, que no somos nosotros

los que pensamos, sino que el mundo piensa en nosotros» (1). Por otra parte, el mismo análisis histórico, que se ha hecho más penetrante, acabó por reconocer el carácter unipersonal de la fuerza que domina la historia. Bajo la acción, que en otro tiempo pasaba por preponderante, de los príncipes, de los hombres de Estado, de las legislaturas, de las individualidades geniales de todo género, se descubrió la también decisiva, de las masas. Se comprende que una legislación no sea más que la codificación de las costumbres y de los usos populares, que no podrá vivir si no hunde sus raíces en el espíritu de los pueblos, y que, por otra parte, las costumbres, los usos, el espíritu de los pueblos, no son cosas que se crean á voluntad, sino de obra de los pueblos, mismos. Se llegó hasta conceder un papel importante á las colectividades en un dominio que se podría, sin embargo, mirar, y no sin razón, como más especialmente reservado á los individuos, esto es, en el arte y en la literatura: los monumentos literarios, como la Biblia, como los poemas homéricos, y las demás grandes epopeyas nacionales, se atribuyeron á una masa oscura é indeterminada de colaboradores anónimos. Pero si los pueblos tienen una manera propia de pensar y de sentir, esta vida mental puede ser un objeto de ciencia como la de los individuos. Y nació una nueva ciencia en Alemania para estudiar los productos de esta actividad psicológica especial: la *Völkerpsychologie* ó psicología de los pueblos, de que Lazarus y Steinthal fueron los fundadores. Y aunque se juzguen bastante escasos los resultados obtenidos por esas investigaciones, su tentativa no deja de ser, por sí, un hecho significativo (2).

---

(1) *Grundirss der ethnologische Jurisprudenz*, 1, p. 4.

(2) Es preciso no confundir la *Völkerpsychologie* de los alemanes, con lo que se llama con frecuencia en Francia y en Italia psicología social. Este último término sirve para designar, entre nosotros, trabajos bastante indeterminados donde se trata de la psicología de las muchedumbres y de toda clase de generalidades: á veces se toma el término como sinónimo de sociología. *Völkerpsychologie* es, por el contrario, un estudio de objeto definido; se trata de inves-

Por último, una ciencia que comenzaba tan sólo á aparecer cuando se escribió el *Cours de philosophie positive*, pero que en estos últimos treinta años alcanzó desarrollos considerables, vino á aportar á esas concepciones un apoyo importante; nos referimos á la estadística. La estadística, en efecto, prueba la existencia de esas fuerzas generales é impersonales midiéndolas. Desde el momento en que se asentó que cada pueblo tiene una natalidad, una nupcialidad, una criminalidad, etc., que pueden evaluarse numéricamente, que persisten constantes mientras persistan las mismas circunstancias, pero que varían de pueblo á pueblo, resulta evidente que esas categorías de actos: nacimientos, matrimonios, delitos, suicidios, etc., no dependen sólo de la voluntad caprichosa de los individuos, sino que expresan estados sociales, permanentes y definidos, cuya intensidad puede medirse. La materia de la vida social, en lo que parece tener de más fluído, adquiere de ese modo una consistencia y una fijeza, que reclaman de un modo natural la investigación científica. Allí donde durante tanto tiempo no se han visto sino manifestaciones aisladas, sin lazos entre sí, se advierte ahora un sistema de leyes definidas. Esto es lo que ya expresaba el título mismo del libro donde Quetelet expuso los principios fundamentales de la estadística moral: *Del sistema social y de las leyes que lo rigen.*

## IV

Por rápido é incompleto que sea este cuadro, resulta que ya la idea sociológica no es por entero un monopolio exclusivo de los sociólogos sólo. Es evidente, en efecto, que las diversas empresas científicas de que acabamos de hablar, se inclinan cada día más hacia la misma concepción, porque, implícita ó

---

tigar las leyes del pensamiento colectivo á través de sus manifestaciones objetivas, especialmente de la mitología y del lenguaje. (V. *Völkerpsychologie*, reciente, de Wundt.)

explícitamente, descansan todas sobre el principio según el cual los fenómenos sociales obedecen á leyes, y que éstas pueden ser determinadas. La especialización que la sociología necesita para llegar á ser una ciencia verdaderamente positiva, no constituye, pues, una especie de gran obra, sin ningún antecedente histórico; es antes bien la consecuencia natural de todo un movimiento. No se trate en modo alguno de inventar y crear por completo no sabemos cuáles disciplinas hasta entonces desconocidas: basta, en gran parte, desenvolver cierto número de ciencias existentes en el sentido hacia el cual espontáneamente tienden.

Mas por real que sea esta evolución espontánea, lo que queda por hacer no deja de ser considerable. La obra necesaria está preparada, pero no cumplida. Porque los sabios especialistas están más estrechamente en contacto con los hechos, tienen un sentimiento más vivo de la diversidad de las cosas y de su complejidad, y por tanto, se inclinan menos á darse por contentos con fórmulas simples y expedientes fáciles; pero, en cambio, como no se han dado cuenta previa del conjunto del terreno explotable, marchan algo al azar, sin tener bien presente el fin que han de alcanzar, ni la estrecha solidaridad que les une y les hace colaboradores de una misma obra. De donde resulta que, sobre muchos puntos, no se forman en su ciencia una concepción verdaderamente adecuada de su objeto.

Primeramente, como esas diferentes disciplinas se han constituído independientes unas de las otras, y casi sin conocerse, la manera según la cual se han distribuído el mundo social, no siempre está en armonía con la naturaleza de las cosas. Así, por ejemplo, la geografía y la demología (ó ciencia de la población) han permanecido hasta poco ha entre sí extrañas, y sólo empiezan á compenetrarse. Sin embargo, una y otra estudian el mismo asunto, á saber: el substracto material de la sociedad; porque, ¿qué es lo que constituye esencialmente el cuerpo de la sociedad, sino el espacio social con la

población que llena ese espacio? Hay ahí dos órdenes de hechos que están inextricablemente enlazados: una sociedad es más ó menos según que se extienda por un territorio más ó menos grande, según la forma de éste, según el número y dirección de los ríos, la disposición de las cadenas de montañas, etc. Por otro lado, las formas exteriores de los grupos sociales han variado en el tiempo, y el historiador es quien, de ordinario, estudia esas variaciones. Por ejemplo, el origen y el desenvolvimiento de los grupos rurales y urbanos, es un problema que de ordinario surge de la historia. Y así, para comprender bien la naturaleza y la función actual de esos grupos, cuestiones que trata el demólogo, es indispensable conocer su génesis y las condiciones de ésta. Hay, pues, todo un conjunto de estudios históricos, inseparables de la demología, y por consiguiente, también de la geografía social. Ahora bien: no sólo á causa de la bella ordenación de la ciencia, interesa sacar esas investigaciones fragmentarias de ese estado de aislamiento, sino que á consecuencia de su aproximación, surgirán problemas nuevos, que de otro modo quedarán en la sombra. Eso es lo que ha mostrado la tentativa de Ratzel, cuya característica es precisamente la idea sociológica de donde procede. Porque ese geógrafo era al mismo tiempo un etnógrafo y un historiador, ha podido advertir, por ejemplo, que las formas diversas por las cuales han pasado las fronteras de los pueblos, podían clasificarse en un cierto número de tipos diferentes, cuyas condiciones ha tratado luego de determinar. Ha, pues, lugar á reunir en una sola ciencia todas las investigaciones que se refieren al substracto material de la sociedad; y en otro lugar (1) hemos propuesto dar á esa ciencia el nombre de *Morfología social*. A la inversa, sería fácil mostrar que otras disciplinas, que no sostienen entre sí más que relaciones indirectas, se confunden hasta formar una amalgama desprovista de todo género de unidad. ¿Quién podría decir con precisión en qué

(1) V. *Année sociologique*, II y sigs., sexta edición.

consiste la *Kulturgeschichte* de los alemanes, ó su *Völkerpsychologie*, ó su *Volkskunde?* ¿Cómo investigaciones tan compuestas, formadas de elementos tan diferentes, podrán practicar un método un tanto definido? Porque la naturaleza de un método, como siempre está en relación directa con la naturaleza de su objeto, no podía tener otra determinación que según él.

Pero ese mismo estado de dispersión tiene otra consecuencia quizá más general: impide á esas diversas ciencias ser sociales, más que de nombre. En efecto, si esa palabra no fuese para ellas más que un vano epíteto, deberían tener por principio fundamental que todos los fenómenos de que trata son sociales, es decir, manifestaciones de una sola y misma realidad, que es la sociedad. Y sólo deberían ser considerados por el observador los que presentan ese carácter, y la explicación debería consistir en hacer ver cómo dependen de la naturaleza de las sociedades, y de qué manera especial la expresan. A ella es á la que inmediata ó mediatamente deberían ser referidos. Pero mientras los diferentes especialistas se encierren en sus especialidades respectivas, es imposible que comulguen en esta idea directriz, porque como cada cual no estudia sino una porción del todo, que toma por el todo mismo, la noción adecuada de este todo, es decir, de la sociedad, se pierde. Dicen que los fenómenos en que se ocupan son sociales, porque se producen manifiestamente en el seno de las asociaciones humanas; pero rara vez se considera la sociedad como la causa determinante de los hechos de que es teatro. Por ejemplo, hemos dicho qué progresos ha hecho la ciencia de las religiones; pero aun es excepcional que los sistemas religiosos se refieran á sistemas sociales determinados como á sus condiciones. Las creencias y las prácticas religiosas, se nos presentan siempre como el producto de sentimientos que nacen y se desenvuelven en la conciencia del individuo, y cuya expresión, sólo por que es exterior, reviste formas sociales. Las impresiones dejadas en el espíritu por el espéctaculo de las grandes fuerzas cósmicas, por la experiencia del sueño ó de la muerte, son las

que se estima constituyen la primera materia de la religión. La antropología jurídica, por su parte, aunque declarando que el derecho es una función social, se ha preocupado, sobre todo, de referirlo á ciertos atributos de la naturaleza humana en general. En la analogía que presentan las instituciones jurídicas de las diferentes sociedades, los sabios de esta escuela han visto la prueba de que hay una conciencia jurídica de la humanidad, y esta conciencia inicial y fundamental, es la que han querido investigar. Post, por ejemplo, nos presenta expresamente «los derechos de los diferentes pueblos de la tierra como la forma tomada por la conciencia jurídica universal de la humanidad reflejándose en cada espíritu colectivo particular» (1). Lo que equivale á admitir un derecho natural *à posteriori*, anterior á la formación de las sociedades, é implícito, al menos lógicamente, en la conciencia moral del individuo humano. Los factores sociales, desde este punto de vista, no pueden invocarse más que para mostrar cómo ese fondo primitivo y universal se diferencia en detalle, según las diferentes individualidades nacionales. En cuanto á la economía política, sabido es cómo las proposiciones generales, á las cuales daba el nombre de leyes, fueron durante largo tiempo independientes de toda condición temporal, y de lugar, por tanto, de todas las condiciones colectivas. Verdad es que la ciencia económica recientemente, con Bücher y Schmoller, se ha orientado por un camino nuevo, gracias á la constitución de tipos económicos. Pero esas tentativas permanecen como aisladas, y el método, por otra parte, es aun muy indeciso. En Schmoller, sobre todo, se advierten, en un eclecticismo algo confuso, procedimientos y aspiraciones de orígenes muy diferentes.

Hasta el mismo principio de interdependencia de los hechos sociales, aunque con cierta facilidad admitido en teoría,

(1) «Erscheinen dann die Rechtsaller Völker des Erde als der vom Volksgeiste erzeugte Niederschlag des allgemeinen menschlichen Rechtsvewusstsein.» (*Grundriss der ethnologischen Jurisprudenze*, I, p. 4.)

anda lejos de ser puesto eficazmente en práctica. El moralista estudia todavía los fenómenos morales como si fuesen separables de los fenómenos jurídicos, de los cuales no son, sin embargo, más que una variedad. Son, por su parte, muy raros los juristas que se dan cuenta de que el derecho es ininteligible si se le separa de la religión, de la cual ha recibido sus principales caracteres distintivos, y de la que es en parte una derivación. A la inversa, los historiadores de las religiones, no experimentan generalmente la necesidad de poner las creencias y las prácticas religiosas de los pueblos, en relación con su organización política. Más aún; cuando un especialista ha llegado á advertir que los hechos de que trata son solidarios de las otras manifestaciones colectivas, para determinar en qué consiste esta solidaridad, se ve obligado á rehacer desde su punto de vista, y á integrar en su investigación, todas esas ciencias especiales cuyo concurso es necesario. Es lo que ha hecho Schmoller en su *Grundiss der allgemeinen Völkwirtschaftslehre*. Se trata de toda una sociología vista desde el lado económico. Fácilmente se comprenderá lo que tiene necesariamente de frágil una síntesis tan sumariamente hecha, de estudios tan heterogéneos, y que reclaman una gran heterogeneidad de competencias especiales. Unicamente una cooperación espontánea de todas esas ciencias particulares, puede dar á cada una, una noción algo exacta de las relaciones que con las demás sostiene.

Así, aunque ellas tiendan á orientarse más y más en un sentido sociológico, esta orientación queda aún en muchos puntos indecisa é inconsciente de sí propia. Trabajar en precisarla, en acentuarla, en hacerla más consciente: tal es, creemos, el problema urgente de la sociología. Es preciso lograr que penetre más profundamente la idea sociológica en esas técnicas diversas que, sin duda, se levantan espontáneamente, pero con marcha lenta, difícil, de tanteos. Y de esa manera es cómo la concepción comtista dejará de ser un punto de vista general del espíritu, para convertirse en una realidad. Porque

la unidad del reino social no podrá encontrar su expresión adecuada en algunas fórmulas generales y filosóficas, infinitamente alejadas de los hechos y del detalle de las investigaciones. Semejante idea no puede tener por órgano sino un cuerpo de ciencias distintas y solidarias, pero con el sentimiento de su solidaridad. Y por otra parte, se puede prever que esas ciencias, una vez organizadas, devolverán con creces á la filosofía lo que ésta les hubiera adelantado. Porque de las relaciones que entre ellas se establezcan, se desprenderán doctrinas comunes, que serán el alma del organismo así constituído, y que llegarán á ser la materia de una filosofía social renovada y rejuvenecida, es decir, positiva y progresiva, como las ciencias mismas de que es el coronamiento.

E. Durkheim y P. Fauconnet.

# ESTUDIOS SOCIALES

## EL PROYECTO DE LEY SOBRE PAGO DE SALARIOS

La huelga de mineros acaecida en Octubre último en Vizcaya, atrajo la atención pública hacia el importante problema del salario y de la forma de su pago, moviendo al legislador á preparar disposiciones que pudieran atenuar males evidentes.

Si como en el preámbulo del proyecto de ley de 11 de Noviembre de 1903 sobre tiendas obligatorias y pago de salarios se dice, nada impide que sin entrar por ahora en las cuestiones fundamentales que se suscitan acerca del salario, se establezcan algunas condiciones en cuanto á la forma del pago, sin entrar yo en la ocasión presente á discutir si en la organización del trabajo el salario debe ser el medio de retribuirlo, ni si la participación en los beneficios debería sustituir al salario, ni si en el colectivismo se hallaría remedio al actual estado de cosas, dejando á un lado las teorías de Smith, el exámen de la ley de bronce, el del *wage-fund*, tan combatido por Carey y Walker, el de la fórmula defendida por Leroy Beaulieu, y el de otras teorías que al salario se refieren, ateniéndome al hecho de que se retribuye el trabajo mediante el salario, voy á exponer algunas consideraciones referentes á cómo debe hacerse efectivo.

Claro que lo más esencial es la cuantía del salario; pero como no es mi propósito acudir al examen de ella tratando del máximum del salario, del justo salario, como estas líneas

son motivadas por el proyecto citado, que se ocupa del punto concreto ya expresado, sin desconocer que en un estudio completo del contrato de trabajo no podría desentenderme de lo que es esencial, aquí, examinando puntos de detalle, se verá cómo influyen en el salario real del obrero y de qué modo se asegura á éste el pago íntegro de sus haberes y la libre disposición de ellos.

Descartado, pues, el examen acerca de cuánto ha de pagarse, el estudio del salario requiere el cuándo ha de hacerse su pago y en qué forma.

Respecto al punto primero, el proyecto de Noviembre último nada dice. Considera, según palabras de la exposición de motivos, como importantísima cuestión la relativa al plazo del cobro de jornales; pero dice que se reserva «para cuando esté terminado el proyecto de ley de contrato de trabajo», así como también se reserva «la resolución de otros complejos asuntos de aspectos tan variados y materias de tan múltiples relaciones, que sólo en el conjunto y en la unidad podrán ordenarse».

Es verdad que en la ley de contrato de trabajo tienen su lugar adecuado; lo es también que mejor se resuelven en conjunto y con unidad de criterio en una ley las varias cuestiones que un problema encierra, que separándolas y fraccionando esa unidad; pero sí es evidente, ante sucesos como los de Bilbao, la necesidad de «que el Estado se ocupe de las dos principales causas que los motivaron, á saber: las tiendas obligatorias para obreros, y el plazo para el cobro del salario»; dada la íntima relación que ambas guardan, cabe la duda de si, aplazando la solución de una de ellas, la solución á medias es solución.

Bien está la prohibición absoluta y la nulidad de todo pacto que directa ó indirectamente obligue á los obreros á adquirir los objetos de su consumo en tiendas ó lugares determinados (art. 1.º del proyecto). Hay que aplaudir que el art. 2.º prohiba asimismo el establecimiento de tiendas, cantinas ó expendedurías que pertenezcan á quienes tengan alguna auto-

ridad sobre los empleados en la industria; pero cumplidos estos preceptos, que con urgencia se proyectaron para atajar el mal, ¿estará evitado éste si continúa el obrero cobrando á largos intervalos? Se le habrá sacado de caer en la tienda del patrono ó del capataz, pero no de tener que acudir á la del que presta sus géneros, fiándolos á cambio de percibir por ellos un precio mayor que el corriente en el mercado.

Si hay conformidad en que percibiendo sus jornales los obreros en períodos largos, tienen que acudir al crédito, y en que puede en muchos casos ser un peligro el contar con sumas que percibidas en varias veces pudieran tener más adecuada aplicación, urge que la ley contenga el precepto oportuno, limitando el plazo máximo para la entrega de lo que el obrero haya devengado por su trabajo.

El precepto de la legislación rusa prescribiendo que el pago se haga al menos una vez por mes si el contrato se hizo por más de ese tiempo, y dos veces si es de duración indeterminada; el de la alemana fijando como plazos máximo y mínimo que en ciertos casos puedan estipularse el mes y la semana; el de Suiza fijando que se pague al menos cada quince días, autorizando que por convenio especial pueda llegarse al mes; el de Massachussetts disponiendo el pago semanal; el belga determinando que el salario inferior á 5 francos se abone al menos dos veces por mes: son preceptos que brindan á la elección entre ellos y que muestran cómo la ley debe fijar el plazo cuando no se fijó por las partes, y cómo países en que dominan ideas distintas están conformes en limitar hasta un cierto punto la libertad de los contratantes.

Dada la evidente necesidad del precepto sin esperar el tanto tiempo ya anunciado proyecto de contrato de trabajo, que por su extensión, por las diferentes cuestiones que abarca, tiene que ser objeto de estudio, que no puede realizarse en corto plazo, debía ya haberse presentado el proyecto de disposición legal, regulando el plazo para el pago del salario. Antes de acaecer los sucesos, era ya la necesidad evidente; después de

acaecidos, ha transcurrido tiempo bastante para que el problema se hubiera examinado legalmente.

Basta hojear el último *Annuaire de la législation du travail*, publicado por el Oficio belga, para convencerse, en vista del número de disposiciones que contiene relativas al punto debatido, de que es urgente se dicten en nuestro país, y basta igualmente ver cómo no falta ejemplo de ley que tan sólo reglamente el pago de salarios, en que al propio tiempo que se contienen disposiciones análogas á las del proyecto nuestro, se trate del plazo en que el cobro ha de efectuarse.

Es lógica la excepción contenida en el art. 3.º de la prohibición hecha por el 2.º, á favor de los economatos organizados por los patronos ó empresarios, siempre que las ventas se hagan á los precios de coste, y que los obreros tengan alguna intervención en la administración del economato. Respecto de algunas legislaciones, este artículo contiene la diferencia favorable para él, de consignar que el precio sea el de coste, no el de reventa, pues si trata de exceptuar de la prohibición instituciones organizadas para favorecer á los obreros, no deben los patronos á la sombra de la protección convertirse en comerciantes, buscar una ganancia, y en algunos casos, si no se reglamentan debidamente las retenciones, burlar la prohibición legal. Y relacionado con este punto está el relativo á la aprobación de las tarifas de venta en los economatos. El proyecto juzga garantidos los intereses de los obreros con su «alguna» intervención en la administración; preciso será ver qué intervención es la que se les concede para que convenza por completo la eficacia del precepto, pues quizás estando debidamente organizada la inspección, conviniera concederle ciertas facultades análogas á las consignadas en la ley del 28 de Julio de 1902 de contrato de trabajo de los obreros empleados en la construcción de caminos de hierro en Austria.

El art. 4.º consigna la disposición generalmente contenida en las legislaciones extranjeras, ordenando se haga el pago en moneda de curso legal. El precepto parece bien terminante,

pero la concisión, al redactarlo, presenta algunos puntos que merecen examinarse al compararlo con las leyes de otros Estados.

¿Cabrá que la retribución del trabajo industrial se contrate parte en alimentación del obrero y el resto en salario abonado en metálico? ¿Al hablar de industria se emplea esta palabra refiriéndose á la fabril y excluyendo la agrícola? En España, en región en que el problema agrario está planteado hace tiempo, mostrando el mal agudos caracteres en las huelgas de los obreros del campo, está muy generalizado el que la remuneración del trabajo se haga parte en alimentos y parte en metálico. En la información oficial llevada á efecto no ha mucho, señalábase como una de las quejas de la clase obrera, la deficiencia en la alimentación y la escasez de la cantidad en metálico, que como resto del salario se les entregaba. Y si con el proyecto se quieren evitar abusos, hay que acometer de una vez la reglamentación del pago y evitar la duda de si cabrá que la remuneración del trabajo, se haga, en ciertos oficios, parte con la entrega de alimentos y parte en metálico; pues si se conviene que corriendo la alimentación á cargo del patrono, disminuya la cuantía del salario que ha de entregarse en metálico, habrá que determinar si la disminución corresponde ó no con exactitud al desembolso que suponga la entrega de alimentos.

Como la remuneración de los obreros agrícolas empleados en ciertas faenas del campo no puede regularse de igual modo que la de la industria fabril, el precepto legal debe abarcar ambos extremos, ó contener por modo expreso, como alguna legislación lo hace, la excepción respecto al contrato de trabajos agrícolas.

También podría ser una excepción de regla tan terminante como la contenida en el art. 4.º, la de la ley de 14 de Febrero de 1902, aplicable en Islandia, que respecto á los obreros empleados en la pesca, admite que la pesca les sea entregada como parte de su salario.

Examinando las legislaciones extranjeras, nótase en la

nuestra la falta de preceptos relativos á puntos de importancia sobrada para requerir la atención legislativa, tales como determinación de las retenciones que legalmente puedan hacerse al efectuar el pago de los salarios, la validez de los contratos en que se exima alguna de las partes contratantes de cumplir con la obligación que la ley le impone y la forma de verificar el pago en el trabajo por piezas ó el que se efectúe por cantidad de mineral extraído, en una palabra, de medir el trabajo, cuando esta medida sea la que determine la cuantía del salario.

El determinar si se prohiben ó no las retenciones como regla general, y, de aceptarse la prohibición, qué excepciones cabría admitir y en qué cuantía, es materia que no debe separarse de lo que el proyecto contiene. Las legislaciones adoptan el criterio de consignar expresamente los casos en que cabe la retención; ejemplo de ellas son los preceptos de la legislación rusa y de la belga, é igualmente indican, como lo hace la primera que no podrá exceder del tercio del salario si el obrero es célibe, ó del cuarto si es casado sin hijos ó viudo (1), ó del quinto, como en algún caso indica la de Bélgica. Por lo que hace á las multas impuestas á los obreros, cuyo importe pueda ser descontado al satisfacerles sus salarios, es innegable la conveniencia de regular jurídicamente un derecho que no niegan las legislaciones á los patronos, ni se les debe negar, pero sí encerrar dentro de prudentes límites. La existencia de reglamentos de taller, aprobados por la inspección, la fijación del máximum de salario que pueda descontarse al obrero por razón de las multas que se le hubiesen impuesto, y fijar legalmente el empleo que ha de darse á las cantidades percibidas como multas, son extremos que debe contener toda disposición que regule el pago de salarios. Así lo entendieron las Cámaras fran-

(1) H. Pascaud, en su obra *Le contrat de travail* (París, 1903), dice acerca de este punto, que parece resultar que el obrero con hijos no puede sufrir retención.

cesas; así lo hicieron las legislaciones de Alemania, Austria y Prusia, y así lo ha hecho Suiza en la ley federal de 26 de Junio de 1902.

¿Serán válidos los contratos de trabajo, las cláusulas que determinen, en cuanto á la forma de pago, modo distinto del consignado en la ley? La nulidad de tales pactos se consigna expresamente en leyes en Alemania, Austria, Massachussets, Bélgica, etc. El proyecto sigue este criterio en lo referente á las tiendas obligatorias; mas nada dice su art. 4.º acerca de si será nulo el que las partes se dispensen del cumplimiento de dicho artículo. Dada la generalidad del precepto y la tendencia á que obedece, la solución preferida parece la de la nulidad; pero no estaría de más se consignase así expresamente.

La forma de verificar el pago en el trabajo por piezas, ó en el que se retribuye por razón de la cantidad de obra realizada, ha ocasionado conflictos en más de una ocasión, y tales conflictos deben prevenirse, como se ha querido prevenir en la ley belga de 30 de Julio de 1901, reglamentando la medición del trabajo de los obreros, y la de 19 de Febrero de 1902, sobre minas en la Australia occidental.

Un poco vaga resulta en el art. 6.º la disposición referente á la cuantía de las multas que se impongan por la infracción de la ley; se indica tan sólo que sea proporcionada al abuso cometido; y el señalamiento de máximum y mínimum dentro de cuyos límites se buscara en cada caso la proporcionalidad, no hubiera estado de más.

El recuerdo del precepto contenido en la ley de 23 de Mayo de 1901, del Estado de Arkansas, acerca del pago de salarios con ayuda de efectos negociables, imponiendo á la Sociedad ó particular que en pago de sus salarios vendiese á los obreros mercancías á precios más elevados del normal en el mercado, una responsabilidad ante los obreros del doble de las sumas pagadas por dichas mercancías, me hace pensar si convendría regular en la ley de pago de salarios la responsabilidad de los infractores por el perjuicio causado, estimando la ley la cuan-

tía de ese perjuicio en forma parecida á la de la mencionada ley.

Los sucesos de Bilbao han sido causa determinante de que se pensara abolir en España el *truck system*. Es de desear que no sean precisas nuevas contiendas entre el capital y el trabajo para que en nuestra *Colección legislativa* pueda figurar no sólo la ley aboliendo las tiendas obligatorias, sino la regulación completa del pago de salarios. Un buen paso significa el proyecto, pero se han detenido quienes lo han dado, sin avanzar hasta donde es necesario.

JOSÉ GASCÓN MARÍN.
Catedrático de la Universidad de Sevilla.

# LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES

## ADVERTENCIA

No debe pedirse á la protección legal de los trabajadores la solución entera de la cuestión social. Esta solución sólo el cristianismo puede darla.

Pero la protección legal de los trabajadores debe, desde ahora, y sin comprometer ningún interés esencial, mejorar grandemente su suerte. Para muchos de ellos, parece aquélla una condición, tanto de los primeros pasos como de las elevaciones futuras.

La opinión pública, sin embargo, no está plenamente conquistada, en pro de la causa de la protección legal de los trabajadores. En su masa, permanece indiferente, quizá desconfiada. No se ha sabido convencerla lo bastante, respecto de la extensión del mal, ni de la eficacia del remedio. Tan cómodas como terminantes, las máximas del «laissez faire» no han perdido todo su crédito. Desmentidas sin cesar por los sucesos, las predicciones de los adversarios de la intervención de la ley, no dejan de asustar aún.

Se trata de una conquista que hay que realizar, conquista á la cual se dedicarán incansables, sin detenerse, cuantos saben cuán fecunda fuente de regeneración sería, para el país entero, una legislación verdaderamente protectora de los intereses de los trabajadores (1).

---

(1) He ahí una de las tareas á que se dedica la «Asociación internacional para la protección legal de los trabajadores», fundada en París en Julio de 1900, y especialmente la sección francesa de

Por mi parte, quisiera que este libro atrajese, en favor de la obra necesaria y urgente, nuevos colaboradores.

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES, ¿ES NECESARIA?

Ya no se encuentra á nadie que se atreva á proclamarse adversario de toda protección legal de los trabajadores (1). Hoy sabemos—la historia del siglo XIX nos lo ha enseñado—qué género de abusos permite el régimen de la libertad absoluta del trabajo. Hemos visto cómo las crueles experiencias hechas en todos los países industriales, obligaron, sean cuales fueran las doctrinas, al legislador á intervenir (2). Las ilusiones de nuestros antepasados del siglo XVIII, no podemos nos-

---

esta Asociación. La «Liga social de compradores» persigue un fin análogo. Al final se podrán ver los estatutos de esas tres Asociaciones.

(1) Parece ser que ahora entre los feministas, es donde se encuentran los partidarios más intransigentes de la libertad absoluta del trabajo. V. Enriqueta Juan Brunhes: *Les femministes français et le protection legale des travailleurs, Association catholique.* 15 de Enero de 1903, p. 59.

(2) M. Villermé escribía en 1840, á propósito de las manufacturas de lana y de algodón francesas, estas palabras: «Las dos industrias no exigen, en verdad, de parte de la niñez, más que una simple vigilancia. Pero en todas, la fatiga resulta de una quietud demasiado prolongada. Permanecen diez y seis ó diez y siete horas de pie todos los días, de las cuales trece á lo menos en una habitación cerrada, sin apenas cambiar de sitio ó de actitud. No es aquello un trabajo, una tarea, es una tortura que se impone á niños de seis ú ocho años, mal alimentados, mal vestidos, que tienen que recorrer, á las cinco de la mañana, la larga distancia que les separa de sus talleres, y que habrán de volver á recorrer, agotándolos, á la noche, cuando dejan estos talleres.» M. Villermé afirmaba: «El remedio contra el agotamiento de esa niñez en las manufacturas, contra el abuso homicida que de ellos se hace, no podría encontrarse sino en una ley ó reglamento que fijase, dada la edad de esos obreros, un máximum á la duración diaria del trabajo.» (*Tableau de l'état physique et moral des ouvriers,* t. II, pág. 91.)

Se citaba en la discusión de la ley de 1841 esta frase del Arzobispo de Rouen: «En estos días de progreso y de descubrimientos, es preciso una ley para prohibir matar los niños con el trabajo.»

otros abrigarlas. Los representantes más autorizados de la escuela liberal contemporánea han declarado, repetidas veces, que no oponen ninguna objeción á la intervención de la ley en favor de los niños (1).

Sería, sin embargo, equivocarse de una manera extraña, estimar que la causa de la protección legal de los trabajadores, está definitiva y totalmente ganada.

A menudo se ve á aquellos mismos que han reconocido la legitimidad de la protección legal de los niños, empleados en la industria, negarse á dar á semejante protección la extensión necesaria, persistiendo, sobre todo, en combatir las medidas destinadas á hacer de dicha protección una realidad, y mostrándose en todas ocasiones los adversarios decididos de la inspección del trabajo.

La oposición de principio reaparece, por lo demás, inmediatamente, desde el momento en que se trata de extender la protección legal á las mujeres, y, sobre todo, á los hombres adultos y mayores de edad.

He aquí en qué terminos indicaba, el 25 de Junio de 1896, M. Aynard, á la Cámara de los Diputados, la posición tomada en ese punto por la escuela liberal: «Esta escuela liberal, prueba que admite la intervención del Estado en determinados puntos... admite la protección de los niños, ha votado por la supresión del trabajo nocturno... Pero lo que no quiere es que se limite el trabajo de la gente libre: hay hombres y mujeres que son mayores de edad, y nos negaremos á admitir en ese punto toda intervención del Estado» (2).

---

(1) El 2 de Junio de 1888, M. Federico Passy, decía desde la tribuna de la Cámara de los Diputados: «No formulo objeción alguna, no suscito ninguna dificultad en lo que toca á la reglamentación del trabajo de los niños, salvo quizá respecto de algunos puntos de detalle.»

(2) M. Berenger había dicho ya en 28 de Mayo de 1892, en el Senado: «El empleo de la ley nos parece en esta materia tan sólo un error, una verdadera herejía. El legislador no tiene derecho á intervenir para regular los contratos entre personas mayores, que gozan de la plenitud de su capacidad y de sus derechos.»

que une á todas las clases de una misma nación. Mas, para garàntir el interés nacional, no basta reglamentar el trabajo de los niños.

«Proteger al niño y no proteger á la madre» es un contrasentido, ha podido decir Julio Simón. En nuestro concepto, se debe, de una manera más general, afirmar, que el interés nacional será grave y evidentemente comprometido, siempre que las condiciones del trabajo pongan en peligro la existencia ó la vitalidad de la familia obrera. ¿Qué será de esta familia si el trabajo de la fábrica obliga á la esposa y madre á abandonar el cuidado de sus hijos y de su hogar, si el esposo y padre está todos los días de la semana, desde el amanecer hasta la noche, ausente de la casa? ¿Qué importa, por otra parte, que la legislación haya asegurado la educación física y moral del niño, si consiente truncar, años después, por un trabajo excesivo ó insano, las fuerzas del adulto, y si no garantiza á este adulto los descansos necesarios, para el ulterior desenvolvimiento de su inteligencia ó de su conciencia?

Hay un mínimum, por debajo del cual, el cuidado de los intereses primordiales de la sociedad, prohibe dejar descender las condiciones de trabajo, tanto de mayores como de menores de edad. Ese mínimum es el que los historiadores del «Trade Unionismo» han calificado oportunamente, de *mínimum nacional* (1).

Asegurar el respeto á ese mínimum nacional, será siempre, y en todas partes, el deber de los poderes públicos. Pero parece que semejante deber revestirá en ciertos países un carácter más imperioso. Pienso en los países de servicio militar obligatorio, donde la fuerza de todos, es la garantía de la independencia nacional; en los de sufragio universal, donde los destinos de la patria dependen de la inteligencia, y de la moralidad,

---

(1) *Industrial Democracy*, par Sidney y Beatriz Webb, p. 766 y siguientes.

de la mayoría de los ciudadanos (1). Y ¿no podría añadirse aún, que la lentitud del desenvolvimiento de la población francesa, nos impone de una manera muy especial la investigación de los medios propios, para aumentar el valor de cada uno de los individuos que componen esta población?

Ahora bien: es desgraciadamente indiscutible que las condiciones del trabajo están aún muchas veces, en Francia sobre todo, por debajo del mínimum indispensable (1).

### SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TRABAJADORES MANUALES

Sin duda, la legislación protectora de los trabajadores, ha hecho, desde hace algunos años, verdaderos progresos.

Es todavía, sin embargo—no nos costará, por desgracia, gran esfuerzo demostrarlo—, singularmente insuficiente. Aun son numerosos los niños sometidos á un trabajo prematuro ó excesivo, los trabajadores adultos retenidos en el taller ó en el almacén largas y agotadoras jornadas, ó noches más agotadoras todavía. ¡Cuántos padres, ciudadanos cristianos, se ven, con la falta del descanso del domingo, sin el derecho de consagrar un día, de siete, al cumplimiento de sus deberes para con la familia, la ciudad y la religión! ¡Cuántas mujeres, madres, alejadas del hogar donde su presencia sería necesaria!

Resulta especialmente lamentable la condición de un gran número de trabajadores á domicilio.

El Comité de la Cámara de los Lores, encargado de hacer una encuesta sobre la extensión y las causas del *Swcating system*, resumía de esta manera su impresión:

---

(1) «El Estado, que tiene la misión de velar por el bien público, tiene el deber y el derecho de prohibir todo contrato perjudicial al interés general.

»Padres, soldados, electores: los asalariados, tienen una triple función que su existencia misma exige no sea imposibilitada por su trabajo.» (E. Lorin: *Nota sobre la legislación protectora de los trabajadores*, loc. cit.)

(2) Acerca de la situación actual de los obreros en Alemania, ver la Conferencia de M. de Berlepsch: *Warum betreiben wir die Socialen Reform.—(Sociale Praxis*, 1.º de Octubre de 1903.)

«Los males que hemos comprobado difícilmente pueden exagerarse.

»Los ingresos de la clase inferior de los trabajadores son lo estricto para sostener su existencia.

»La duración de su trabajo es tal, que la vida del obrero no es más que una serie ininterrumpida de trabajos incesantes, á menudo muy duros, y proseguidos en condiciones insalubres.

»Las condiciones sanitarias en las cuales el trabajo se verifica son tales, que, no sólo la salud de los trabajadores puede resultar comprometida, sino hasta la misma salud pública, especialmente en los oficios de confección de vestidos, porque las enfermedades contagiosas, se propagan por la venta de los vestidos, hechos en los talleres habitados por enfermos atacados de viruela ó de otras enfermedades contagiosas» (1).

Desgraciadamente, más de una vez se podrían trazar cuadros análogos en Francia.

La encuesta del Instituto del Trabajo da noticia, para ciertos obreros de la confección de vestidos de hombres, de salarios de 1,25 francos, 1,10 francos: 375 francos por un trabajo de 300 días, en París (2).

La encuesta hecha por M. Bonnevay, sobre la situación de las obreras lyonesas que trabajan en el domicilio, le hizo ver á obreros de habilidad media, ocupados en la industria del tul, en las felpas, remuneradas, según tarifas, por piezas, que rendían, por doce horas de trabajo, salarios de 1,08 francos á 1,20 francos. Y las obreras tenían que sufrir dos meses sin tarea.

La cortadora de encajes tiene jornadas de 0,75 francos á 1,50.

La que hace pantalones para los proveedores militares, re-

(1) *Final Report of the select Committee of the House of Lords on the Sweating system*, 1890.

(2) *Office du travail. Le petite industrie* (salario y duración del trabajo): II: *Le vetement a Paris*, pág. 316. Los documentos que figuran en ese volumen, han sido reunidos y elaborados por M. P. du Marroussem y su colaborador M. Charles Barrat.

cibe una remuneración á razón de 0,15 cada uno. Y hace unos seis cada doce horas.

La rematadora de camisas recibe 0,60 francos ó 0,50 por camisa. Necesita doce horas para terminar dos. Y pone el hilo, las agujas ó su máquina de coser.

Son esas, sin duda, cifras extremas. M. Bonnevay afirma, sin embargo, que si se pone á un lado las obreras que trabajan en artículos de precio, el salario se mantiene ordinariamente por debajo de 2 francos (1).

Recuérdese ahora, por otra parte, que el salario de esas mujeres se calcula por piezas; que están obligadas á pagar el alquiler de la habitación, donde se efectúa su labor no interrumpida; y que semejante habitación está de ordinario cerrada á la inspección del trabajo, y se comprenderá entonces, cuán dolorosas repercusiones podrá tener la insuficiencia del salario, sobre la duración del trabajo de la obrera, y sobre las condiciones higiénicas en que trabaja.

En Berlín, la Comisión de Estadística obrera, ha comprobado que la gran mayoría de las costureras de casa, trabajaba de trece á diez y siete horas (2). M. Levasseur estima que en Nueva York, el término medio es de quince horas (3).

«En París tampoco—escribe M. Doublot—es raro encontrar obreras que trabajan, aun en su domicilio, hasta la una de la mañana» (4).

Á veces, la necesidad de ganar el pan que les permita vivir, empujará á la madre á imponer á sus hijos el recargo de labor, que ella está obligada á sufrir. En el curso de una encuesta hecha en Nueva York, Miss Elena Campbell, encontró á una costurera que declaró que ganaba su vida, con la ayuda de sus dos nietas, una de siete años y otra de seis (5).

---

(1) M. Bonnevay, *Les ouvrières lyonnaises travaillant á domicile*, 1896, págs. 21, 23, 42, 87.

(2) Doublot, *La protection légale des travailleurs de l'industria des vetement*, 1899, pág. 95.

(3) Levasseur, *L'Ouvrier américain*, t. I, pág. 438.

(4) Doublot, *loc. cit.*

(5) Doublot, *loc. cit.*, pág. 96. Levasseur, *loc. cit.*, pág. 437.

En cuanto á las consecuencias morales de la situación económica, creada á ciertas obreras á domicilio, desgraciadamente son fáciles de adivinar.

Como resultado de su concienzuda encuesta, M. Bonnevay escribía estas líneas: «Si afirmamos que á la insuficiencia del salario se debe la mala conducta en que la mayoría de aquéllas caen, no sería la afirmación una mera hipótesis que adelantamos, sino un hecho cuya comprobación es fácil.

»Comparad la moralidad general de las obreras que trabajan para las industrias del lujo, donde los salarios son de ordinario remuneratorios, con la de las desgraciadas jóvenes que, trabajando en el tul, en el corsé, en el pantalón, en la camisa, deben darse por contentas con 75 céntimos á un franco por día, y veréis la diferencia.

»Preguntad acerca de este punto á los patronos, á los encargados, á cuantos por lo menos están en relación directa con sus obreras: aquéllos que pertenecen á las industrias en las que el salario es más bajo, serán los que proclamarán más alto lo indigno de su personal» (1).

Sin duda, la remuneración del trabajo es hoy, en general, sensiblemente más elevada en la grande y en la mediana industria. La tasa del salario nominal, y aun del salario real, ha aumentado considerablemente en el curso del siglo XIX (2).

Según las encuestas del Instituto del Trabajo, el salario medio del obrero adulto, varón, debe ser, para toda Francia, de 4,20 francos al día; 6,15 francos en el departamento del Sena; 3,90 francos en provincias. Para trescientos días de trabajo, corresponde poco más de 1.800 francos en París; 1.100 en provincias. Pero ¿cuántos obreros tienen trescientos días de trabajo al año?

Para la obrera adulta, el promedio ha de ser de 2,50 fran-

(1) Bonnevay, *loc. cit.*, pág. 91.
(2) Véase el informe de M. Gide sobre la *Economie sociale a l'Exposition de 1900*, pág. 57.

cos al día en toda Francia; 3 francos en el departamento del Sena; 2,10 francos en provincias (1).

Resulta, pues, cierto—esas cifras bastarán para demostrarlo—que muchos padres de familia no encuentran en su salario, recursos suficientes para educar, como convendría, á una familia un poco numerosa; y más cierto todavía que, aun en la grande y en la mediana industria, el salario es en muchos casos insuficiente para permitir el ahorro: el ahorro, sin el cual el porvenir de la familia obrera, está expuesto á tan crueles incertidumbres; el ahorro, que sería á menudo para esa familia el único medio de impedir al obrero inválido, ó que se ha hecho viejo, caer á cuenta y cargo de la Beneficencia pública ó privada. «Hoy—declaraba el informe presentado á la Asamblea Nacional sobre la situación de las clases obreras—, una familia económica y laboriosa, cuyos miembros están sanos y á la cual no falte el trabajo, puede atender á sus necesidades; pero desde el momento en que falte una de esas condiciones, las privaciones comienzan» (2). ¿Se ha modificado sensiblemente la situación desde entonces?

Á menudo también, el salario que la mujer, la madre, haya podido ganar en la fábrica, será el que permita equilibrar el presupuesto doméstico. Y conocidas son, desde el punto de vista social, las funestas consecuencias de un trabajo que obliga á las mujeres casadas, á desertar, á diario, de su hogar durante la mayor parte del día (3). Una encuesta alemana acaba de poner de manifiesto esas consecuencias una vez más.

---

(1) *Office du travail: Salaires et durée du travail dans l'industrie française*, IV, 1897, pág. 17.

(2) *Journal Officiel*, 14 Agosto de 1875. V. *Cours d'Economie politique*, por el R. P. Antoine, pág. 619 y siguientes.

(3) El censo profesional de 1896 nos muestra que en la industria textil francesa, hay más de 105 obreras por cada 100 obreros. La proporción llega á 200 por 100 en la industria de la seda. Las mujeres casadas representan más del 33 por 100 del número total de las mujeres empleadas en la industria. En la industria algodonera, la proporción es de 40 por 100.—*Resultats statistiques du recensement des industries et professions*, t. V., pág. LXXXIV, CIII, CIV.

La legislación alemana contiene ya ciertas disposiciones destinadas á asegurar, en el interés del niño y de la familia, una protección particular, á las mujeres casadas empleadas en la industria.

Así, las mujeres que tienen una casa que cuidar, tienen el derecho de reclamar, al medio día, media hora de descanso suplementaria, siempre que el descanso concedido á todos los obreros, sea menor de hora y media. Las mismas mujeres no deben, los sábados y vísperas de fiestas, ser ocupadas después de las cinco y media de la tarde. Por último, y sobre todo, las mujeres que hubieran dado á luz, no pueden en ningún caso volver á la fábrica, antes de las cuatro semanas después del parto; hasta después de seis semanas de éste no pueden ser admitidas al trabajo industrial, sin previa presentación de un certificado médico, que testifique que tal trabajo no ofrece peligro.

Esas disposiciones (que no encontraremos, sin embargo, en la legislación francesa), parecen insuficientes. Los Diputados del Centro en el Reichstag, han pedido en varias ocasiones una reglamentación más estrecha del trabajo de las mujeres casadas. Sus proposiciones no han tenido hasta ahora buen éxito, pero parecen haber tenido por efecto provocar la encuesta, de la cual acabamos de tomar algunos datos.

Á consecuencia de una resolución votada por el Reichstag el 22 de Febrero de 1898, los funcionarios de la Inspección del Trabajo, fueron invitados á estudiar especialmente, en sus informes para 1899, la cuestión del trabajo de la mujer casada.

Una publicación de la Oficina imperial del Interior nos presenta coordenadas, según un plan metódico, las noticias reunidas por la Inspección del Trabajo (1).

---

(1) Die Beschaeftigung verheiratheter Frauen in Fabriken nach den Jahrisberichten der Gewerbe-Aufsichtsbeamtem für das Jahr 1899, bearbeitet in Reichsamt des Innern. Berlin, 1901. Comp. Die Erhebungen der Gewerbe-Aufsichtsbeamtem über die Fabrikarbeit verheirateter Frauen. I von L. Pohle. (*Jahrbuch fur Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirschaft im Deutschen Reich*, 1901, cuaderno 4.º).

Según los términos mismos de la resolución del Reichstag, los Inspectores han debido preocuparse, á la vez, de la importancia del trabajo de las mujeres casadas, de las causas, de los peligros de ese trabajo, de la posibilidad de prohibirlo ó de limitarlo. Nos daremos por contentos con llamar la atención sobre algunas de las comprobaciones hechas por los Inspectores, respecto de las causas, y de los efectos, del trabajo de las mujeres casadas en las fábricas.

Un hecho sobre el cual todos los informes están de acuerdo, es que debe colocarse en primer lugar, entre las causas que obligan á la mujer casada á acudir á la fábrica, la insuficiencia del salario del marido. Un gran número afirma, que el ingreso ordinario de muchos obreros, es insuficiente para asegurar el sostén de una familia media. En la Baja Alsacia, por ejemplo, el informante ha llegado á convencerse de que para atender á sus necesidades urgentes, una familia de cinco ó seis personas, requiere un ingreso regular, por lo menos, de 4 marcos diarios. Pero al propio tiempo ha tenido que reconocer que, salvo en casos excepcionales, el salario del marido es de un 10 á 55 por 100 por debajo del ingreso necesario. He ahí—según él—la razón del trabajo industrial de la mujer.

En la circunscripción de Plauen se observa que allí donde el salario del marido es relativamente elevado, y el trabajo regular, la mujer no trabaja, sino rara vez, fuera de casa.

Varios informes consignan que es raro encontrar en la fábrica las mujeres de los obreros superiores que hayan aprendido y sepan un oficio: á veces han podido advertir que esos obreros consideran el trabajo de las mujeres casadas, como algo que no está bien, como algo extraño. No quieren, de ordinario, casarse con jóvenes que hayan trabajado en las fábricas.

No insistiremos sobre las consecuencias que el trabajo en la fábrica tiene sobre la salud de las mujeres casadas. Son numerosos los Inspectores que nos señalan el exceso de trabajo al cual está sometida la mujer, que, después de haber pasado

diez ú once horas en la fábrica, quiere ocuparse todavía con las cosas de su hogar y de sus hijos.

Sea cual fuere su buena voluntad, sólo en casos excepcionales podrá consagrar á su casa, á sus hijos, cuidados suficientes.

La incompatibilidad, en los casos más frecuentes, del trabajo de la mujer casada en la fábrica, con el cumplimiento adecuado de sus deberes de esposa y de madre, es uno de los hechos que resultan más claros de la encuesta alemana (1).

El desorden, la falta de limpieza de su hogar, que obliga al marido á refugiarse en la taberna; una alimentación defectuosa, impropia para reparar las fuerzas del obrero, que entraña á veces para la salud de todos los miembros de la familia las consecuencias más desastrosas: he ahí algunos de los resultados de la ausencia de la mujer del hogar doméstico.

Pero en lo tocante á los hijos, es en lo que aparecen más brutalmente las consecuencias antisociales del trabajo de las mujeres casadas en la fábrica.

Aunque la ley alemana obliga á las obreras á permanecer en sus casas, de cuatro á seis semanas después de haber dado á luz, las enfermedades y la mortalidad son excesivas entre los niños de corta edad cuyas madres frecuentan las fábricas (2). Esas enfermades esa mortalidad excepcionales, parecen que

---

(1) *Die Beschaeftigung*, pág. 121.

(2) *Die Beschaefetigung*, pág. 136. El que informa acerca de la circunscripción de Brema, ha podido comparar la mortalidad de los niños cuyas madres están ocupadas para la confección de cigarros en la fábrica, con la de los niños cuyas madres trabajan en casa. Entre las obreras de la fábrica, donde ha encontrado 300 niños vivos, ha comprobado que se había producido un muerto por 6,4 niños vivos. Las obreras á domicilio tenían 538 niños. No tenían que deplorar sino la muerte de un niño por 11,2 vivos. Un médico, funcionario real agregado al distrito de Plauen, ha notado que mientras la mortalidad general disminuye, la de los niños de corta edad aumenta, por el contrario, en ese distrito á medida que aumenta el número de fábricas. De 100 muertos, había por término medio, de 1800 á 1824, 33,8 niños; de 1825 á 1839, 34,4; de 1850 á 1869, 39,8; de 1875 á 1899, 43,9. (*Loc. cit.*, pág. 139.)

deben ser atribuídas á la falta de cuidados y á la lactancia artificial. Los inconvenientes, inseparables de ese modo de lactancia, se aumentan á menudo gravemente, por las condiciones de irregularidad, de suciedad, en las cuales se suministra.

Las consecuencias deplorables del abandono del niño, no se limitan al primer período de la vida del niño. Crece éste sin conocer apenas á sus padres, sin que éstos puedan adquirir sobre él la autoridad necesaria.

Bastarán estas rápidas indicaciones, creo yo, para mostrar que, á pesar de los progresos realizados, la situación de un gran número de trabajadores queda muy por debajo de lo que exigen la justicia social, y el cuidado de los intereses generales y permanentes de la comunidad (1).

De ordinario, por lo demás, los adversarios más decididos de la intervención de la ley, no desconocen la existencia de abusos numerosos y graves, pero esperan tan sólo de la acción de libertad una reforma suficiente y próxima.

Desgraciadamente no podemos participar de tales esperanzas.

### LA INICIATIVA PATRONAL.

Reconocemos, y lo señalamos con verdadero gusto, lo que en ciertos casos la iniciativa de los patronos ha podido mejorar la situación de los obreros que emplean. La encuesta del Instituto del trabajo sobre los salarios y la duración del trabajo en la industria francesa, ha hecho ver una vez más la diferencia que desde ese punto de vista pueden existir entre dos fábricas.

---

(1) En su Encíclica sobre la condición de los obreros, el Papa León XIII hablaba, en 1891, de «la situación de infortunio y de miseria inmerecida» en que se encuentran, por lo general, los hombres de las clases inferiores... «los trabajadores están aislados y sin defensa, entregados á merced de amos inhumanos y á la codicia de una concurrencia desenfrenada». (V. el texto de la Encíclica en la *Association Catholique* de 15 de Junio de 1891, especialmente, página 606.)

He aquí lo que se lee en las conclusiones de la parte de la encuesta, relativa al departamento del Sena:

«Hemos advertido con frecuencia que en un conjunto de establecimientos que ejercen la misma industria, en medio de las mismas circunstancias exteriores, los unos cambian constantemente de obreros, mientras los otros conservan los mismos obreros todo el año; unos tienen un trabajo muy irregular, mientras en otros la producción presenta una perfecta regularidad; en fin, que los salarios difieren á veces notablemente de unos á otros.

»No es posible atribuir esas divergencias sino á una sola causa: á la influencia capital de la dirección misma de los establecimientos; es decir, en general, del patrono. La acción delpatrono, *en los casos más favorables*, puede tener por efecto, no sólo mantener el desenvolvimiento de la industria, hasta el punto en que el efecto útil llegue al máximum, sino también alcanzar ese resultado, sin que la situación del personal ocupado sufra por ello, y asegurar á ese personal un salario que distribuya equitativamente *y de una manera duradera* el beneficio que deja una empresa bien establecida» (1).

Pero, sea lo que fuere, *en los casos más favorables*, el feliz influjo de la buena voluntad patronal, las experiencias hechas ¡ay! no parecen demostrar que debamos confiar por entero á ella, la realización de las reformas necesarias.

¿Por qué el legislador ha intervenido en el siglo XIX en Inglaterra, Prusia, Francia, Austria, etc.? ¿Quizá para aplicar alguna teoría *à priori* sobre los derechos y el papel del Estado? Seguramente no. Ha intervenido, porque se ha visto ante abusos extremos, que la iniciativa privada no había conseguido extirpar. Y los abusos se han perpetuado donde el legislador no intervino. El ejemplo de Bélgica es, en tal respecto, notable.

---

(1) *Office du travail. Salaires et durée du travail dans l'industrie française.* I, 1893, p. 532.

En Bélgica, los poderes públicos se negaron durante la mayor parte del siglo XIX á reglamentar el trabajo. Resultando de ello que la encuesta realizada en Bélgica en 1886, pudo encontrar abusos, que en nada ceden á aquellos que provocaran la aprobación de las primeras leyes inglesas.

Un gran número de mujeres todavía estaban ocupadas en esa época, en los trabajos interiores de las minas belgas, en deplorables condiciones de salud y de moralidad, prolongándose el trabajo trece, catorce y quince horas.

Los niños están en el taller desde los nueve, ocho y hasta desde los siete años.

Un testigo habla ante la Comisión de encuesta, de niños de seis y cinco años empleados en las fábricas de tabaco. Otro testigo depone haber visto niños, cuyos nombres indica, trabajar desde la edad de diez años de quince á diez y ocho horas, y añade: «Nadie sabe cuántos habrán muerto á consecuencia de esas quince y diez y ocho horas de trabajo diario, en medio del polvo sofocante de la lana.»

Un dueño de una vidriería, presidente de la Asociación de vidrieros belgas, en Charleroi, reconoció que, en su industria, los aprendices de catorce años de edad, á veces de menos, trabajan veinticuatro horas seguidas (1).

Se puede, sin duda, admitir, que esos son hechos excepcionales. Mas para juzgar el régimen de la libertad absoluta del trabajo, ¿no basta comprobar que tal régimen permite semejantes abusos existir y perpetuarse?

Por lo demás, en la misma encuesta belga de 1886, es donde consta la respuesta del representante de una sociedad anónima austro-belga, liberal convencido, que pide «no se pierda de vista que la ciencia industrial consiste en obtener de un sér

(1) V. *Enquête de la Commission du travail.* II, sec. regional I. E., núms. 181 y sig.; t. IV, p. 25; II, sec. regional B., núms. 47, 74; II, sec. regional C., núms. 1.288, 2.980, 4.417, 4.418; II, sec. E., núms. 2.879; sec. A., núms. 737, 832, etc.; II, sec. D. núms. 2.337, 2.339; sec. F., núms. 1.700, 1702.

humano la mayor suma de trabajo útil, remunerándole de la manera más baja posible».

Hoy mismo: miremos á nuestro alrededor. La iniciativa privada, ¿ha suprimido el trabajo del domingo, y curado la llaga hedionda del *Sweating system*?

He aquí un hecho más terminante. Hace tiempo que los higienistas y moralistas están de acuerdo para proclamar los peligros que ofrece el trabajo nocturno, especialmente en las mujeres. Y sin embargo, hemos llegado en Francia á los últimos años del siglo XIX, sin que la iniciativa privada haya logrado hacer desaparecer ese trabajo nocturno de las mujeres (1). Más aún: durante la discusión de la ley de 1892, bastaba que el legislador pareciese vacilar en proscribirlo, para que su trabajo se introdujera en nuevas fábricas.

M. Waddington escribía en el informe que presentó á la Cámara de Diputados el 10 de Junio de 1890: «Los resultados de la encuesta prueban, que el trabajo nocturno tiende á propagarse en la región del Norte, y sobre todo, en la del Este. Muy recientemente, y á consecuencia del voto del Senado—voto del Senado rechazando la prohibición legal de ese trabajo—, industriales hostiles hasta entonces á esta organización, la han aplicado á sus establecimientos. Según ya hemos dicho más arriba, la ventaja de llevar sobre una producción forzada los gastos resultantes de los impuestos, del seguro, del interés de los capitales, de la amortización del material, constituye para

(1) M. de Mun decía en la Cámara de los Diputados el 5 de Febrero de 1891: «Habia en muchos espíritus un movimiento á favor de una legislación protectora de la mujer, pero se ha producido una oposición muy viva, muy ardiente, muy apasionada de todos los defensores de la iniciativa privada, de todos aquellos que cuentan con el progreso de las costumbres..... Hace ya veinte años de eso; la ley no se ha hecho.

»¡Dónde está el mejoramiento! En estos veinte años habéis hecho desaparecer de las costumbres, por vuestra iniciativa, esta terrible llaga; ¡esta llaga abominable que se llama el trabajo nocturno de las mujeres! ¡Hace veinte años que la cuestión está planteada ante la opinión: hace veinte años que se escribe, que se pronuncian discursos! ¿Dónde está el resultado? ¿Las costumbres han hecho desaparecer el mal? Lo contrario es lo que se ha producido.»

el productor un beneficio muy apreciable, y hace la concurrencia muy difícil para el industrial que trabaja en condiciones normales. Sea cual fuere la repugnancia hacia el trabajo nocturno, se siente arrastrado poco á poco: hoy es hostil, mañana vacilará, y pasado algún tiempo, imitará el ejemplo de sus vecinos menos escrupulosos. Si el legislador no pone en ello orden, el trabajo nocturno ganará poco á poco todas las comarcas donde se practican las diferentes ramas de la industria textil.»

Bélgica, después de 1886, promulgó toda una interesante legislación del trabajo; sin embargo, todavía no ha prohibido el trabajo nocturno de las mujeres. La iniciativa privada ¿lo ha hecho desaparecer?

El notable informe presentado por M. Varlez en la Asamblea general celebrada en 1902, en Colonia, por la Asociación internacional para la protección legal de los trabajadores, sobre el trabajo de noche de las mujeres, en la industria belga, declara: «en parte alguna la supresión del trabajo nocturno de las mujeres parece realizada—sólo quizá para el trabajo interior de las minas—, y hasta se advierte que diversas ramas que hasta ahora no lo tenían, comienzan á aplicarlo» (1).

Lejos estamos de estimar que la dureza de la mayoría de los patronos, sea la causa de la impotencia relativa de la iniciativa patronal. Resulta, como demuestra M. Waddington, de las fatalidades mismas de la concurrencia industrial. El industrial que no se encuentra en *los casos más favorables*, que no goza, al menos en una cierta medida, de un monopolio de derecho ó de hecho, que fabrica artículos corrientes (2), no puede prescindir de la concurrencia.

---

(1) V. p. 45.

(2) El 28 de Marzo de 1892 decía M. Waddington en la tribuna del Senado: «Para las industrias dejadas á la concurrencia y que fabrican el artículo corriente, es preciso una regla general, sin la que se encuentran en un estado de inferioridad, que en un momento dado de concurrencia aguda, no les permite subsistir. He ahí por qué no podemos esperar un progreso de la iniciativa privada, porque sólo podrá producirse en algunos casos aislados, y jamás una aplicación general de la medida.»

Sin duda, las medidas que mejoran la condición del obrero, son la mayoría de las veces beneficiosas para la misma industria. A menudo son los obreros de jornadas reducidas, y con salarios altos, quienes vencen en la concurrencia internacional. Semejantes medidas podrán, sin embargo, si no se adoptan más que en un establecimiento, poner, á lo menos momentáneamente, éste en estado de inferioridad, frente á los establecimientos rivales.

En todo caso el industrial tendrá un riesgo que correr, cuya perspectiva bastará para paralizar muchas buenas voluntades.

«Se me objeta, dice M. de Mun (1), con la iniciativa individual. Se reconoce que hay abusos, pero se deja á la humanidad, á la caridad del patrono, el cuidado de corregirlos expontáneamente.

»¡Sí: sin duda, hay industriales caritativos que tomarán iniciativas generosas que restringirán los abusos! Pero permitidme preguntaros: ¿qué haréis con los que no los restrinjan? ¿Es que no véis que aquellos que no sean humanos, que continúen abusando, serán los más fuertes y vencerán á sus concurrentes?

»Y, ¿qué premio daréis á los que quieran ser caritativos? Les colocáis en la más terrible de las alternativas: entre su conciencia y su interés. Y entonces, ante la concurrencia que les apremia, ante la ruina que acaso les amenaza, ¿quién vencerá, qué voz escucharán? M. Dupin lo decía hace veinte años: los amos caritativos serán castigados por su virtud. He ahí la respuesta que se ha dado á la cuestión, siempre que se ha puesto en Alemania, en Inglaterra, en Francia.

»En todas partes se ha dicho, como esos fabricantes de Reims á quienes sus obreros apremiaban para reducir las horas de trabajo, y que respondían: «Lo deseamos mucho; estamos prontos, pero es preciso que la ley lo ordene para todos, porque no podemos desarmarnos ante nuestros concurrentes.»

---

(1) Sesión de la Cámara de los Diputados, 11 de Junio de 1888.

»Puede, desde este punto de vista, afirmarse, que muchas veces la reglamentación legal del trabajo, es la única que podrá asegurar á la mayoría de los patronos aquella verdadera libertad, de la cual decía Luis Blanc: «La libertad es no sólo »el derecho, sino también el poder de ser libre.»

*(Continuará.)*

RAUL. JAY,
Profesor en la Facultad de Derecho
de la Universidad de París.

# REVISTA DE REVISTAS JURIDICAS

## ESPAÑOLAS

### El Foro Español.

(Núm. 221. Madrid.)

ANTONIO BERGALI: *El arbitrio judicial en los registros domiciliarios.*—Del contenido del art. 546 de la ley de Enjuiciamiento criminal, se infiere que para que el Juez ó Tribunal *que conociere de la causa*, pueda decretar la entrada y registro, de día ó de noche, en todos los edificios y lugares públicos, etc., es necesario, como regla general, que exista *una causa* de la que se derive el registro. ¿Por qué no se estableció á su vez la excepción, autorizándose la entrada y registro sin *previa causa*, cuando motivos muy calificados así lo aconsejasen? No falta quien crea que no se hizo así temiendo á los abusos, que en esta materia serían de trascendencia. Eso no satisface al articulista, porque según él, que es Juez, los Jueces permanecen siempre extraños á los manejos del caciquismo.

La ley se refiere á un proceso anterior, porque así lo tuvo que hacer; empero pueden presentarse casos, en los que, sin actuaciones anteriores, en el concepto específico de sumario, precise practicar el registro, si de él ha de resultar comprobada la axistencia de un hecho criminoso, cuya tesis está en armonía con los principios consagrados por la repetida ley y con lo que ocurre frecuentemente.

Verdad es que las autorizaciones se suelen recabar por los inspectores de policía en los grandes centros de población para sorprender talleres en los que se fabrican monedas ó confeccionan billetes de Banco falsos; pero de todos modos, si el Juez puede conceder el permiso, tiene facultades para ejecutar el registro por sí, sin *causa*

*previa* y sin incurrir en responsabilidad. Mas hubiera sido preferible la declaración expresa de la ley.

Debe reformarse el art. 579 de la ley de Enjuiciamiento criminal, que concede autorización para acordar la detención de la correspondencia privada, pues del contexto de ese artículo y de otros se desprende que la medida ha de adoptarse cuando se dirija el proceso contra persona determinada, no antes.

Sin embargo, en ciertos delitos graves sería de éxito seguro que se acordase desde luego la detención de la correspondencia.

***

## Gaceta del Notariado.

(Núm. 9.°, Madrid.)

M. FERNÁNDEZ CASADO: *Reflexiones*.—Este artículo fué publicado por la *Revista Jurídica*, y ahora lo transcribe íntegramente la *Gaceta del Notariado*, de donde lo extractamos, por no haber llegado á nuestras manos el número correspondiente de la primera de dichas Revistas.

La ley orgánica del Notariado, de 1862, salió á luz tan perfecta, que ha servido de modelo á casi todas las que en otros países se han publicado después. Su reglamento es también una obra maestra, y sólo el transcurso del tiempo ha hecho necesarias algunas modificaciones. Pero una falange de Notarios, jóvenes en su mayoría, empezaron á formular quejas contra una y otro, y tomaron por su cuenta el artículo 3.° de la ley. Y comprendiendo que la reforma de la ley habría de ser tardía y difícil, pidieron esa reforma por Real decreto.

No se tuvo en cuenta que las leyes sólo son derogables por otras leyes, y apareció el Real decreto de 21 de Octubre de 1901. Vino, después de otras disposiciones, el Real decreto de 14 de Marzo de 1902. Siguió á éste el Real decreto de 26 de Febrero de 1903, creando los Colegios provinciales, clasificando caprichosamente las Notarías, instaurando el reparto de los negocios oficiales, de los protestos y de las legalizaciones...; y todos saben que una buena parte de estas disposiciones han sido modificadas de *Real orden*. Después se ha mixtificado el reparto de negocios. ¿Qué es esto?, exclama el articulista. Si cada Ministro de Gracia y Justicia se cree facultado para variar, por Real orden, la legislación Notarial, en lo sucesivo esta legislación «quedará á merced de la genialidad de un hombre, que puede enviar á la *Gaceta* un dislate, y hasta una atrocidad».

***

## Gaceta de Registradores y Notarios.

(Núm. 2148, Madrid.)

LA REDACCIÓN: *Notariado. La destrucción de las reformas.*—I. Se defiende con brío y elocuencia el Real decreto sobre reformas notariales, de 26 de Febrero de 1903, y se censuran las Reales órdenes de 6 y 15 de Enero último, dictadas para modificar el contenido del Real decreto citado.

***

## Boletín Jurídico.

(Núm. 22, Barcelona.)

JOSÉ GARCÍA ROMERO DE TEJADA: *Del juicio oral en lo civil.*—Mucho ganaría la administración de justicia en rapidez, baratura y claridad con el establecimiento, bajo prudentes y meditadas bases, de la única instancia y el juicio oral público en lo civil. El actor presentaría su demanda, acompañando la prueba documental, para acreditar su personalidad, para justificar su acción ó basar en el fondo su derecho.

Llegado el día de la vista (el lapso de tiempo, relativamente corto, llamado á mediar hasta este importante trámite del juicio, habría de emplearse en dar cima á aquellas diligencias preliminares y necesarias para él, como instrucción, cotejo de documentos, citaciones, etc.), presentes al acto las partes mismas y sus defensores, oídas las unas y los otros; puestos por ellos al vivo sus medios probatorios, testigos, peritos, etc., sin omitir inspecciones oculares, diligencias que se llevarían á cabo con asistencia de todos é intervención de un Ministro del Tribunal, el Ponente, por ejemplo; los Letrados formularían conclusiones definitivas, á las que habría de acompañarse sucinto extracto del resultado de las pruebas; y con vista de las alegaciones en derecho, el Tribunal dictaría con más clara y acabada percepción que hoy de los hechos, y con menos esfuerzo, con mayores garantías de acierto, la oportuna sentencia.

***

## Revista de los Tribunales.

(Núm. 5.º, Madrid.)

FRANCISCO J. J. BENLLOCH: *Legitimación por subsiguiente matrimonio.*—«Solo se consideran legitimados por subsiguiente matrimo-

nio, los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes ó después de celebrado.»—Art. 121 del Código civil español. Este artículo es parte integrante de una institución civil de un pueblo culto, que no ha podido desenvolverse en el aislamiento. Por eso conviene poner la institución aquélla en relación con sus análogas en los pueblos con los que el nuestro convive.

Las legislaciones que admiten la legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio, pneden ser clasificadas en los siguientes grupos: I. Legitimación *ipso jure*, por el sólo hecho del matrimonio de los padres. Se reconoce ser aquélla un *derecho de los hijos*—Chile, Anteproyecto del Código civil suizo, Ensayo del Código civil de España, de D. Pablo Gorasabel, 1832—. II. Legitimación dependiente del reconocimiento de los hijos por sus padres, en plazo fatal y perentorio—Francia, Bélgica, Argentina, Uruguay, Proyecto del Código civil español de 1851—. Se reconoce ser aquélla un *derecho limitado de los padres*. III. Legitimación dependiente del reconocimiento de los hijos por sus padres; pero que pueden verificarlo éstos á voluntad, en cualquier tiempo, si bien la legitimación no surte efecto sino desde la fecha en que el reconocimiento ha tenido lugar —Italia, Venezuela—. *Se reconoce ser un derecho de los padres, con condición suspensiva.* IV. Legitimación dependiente del reconocimiento de los hijos por sus padres; pero con facultad de verificar éste en cualquier tiempo, y por acto público ó por testamento, surtiendo sus efectos desde la época del matrimonio—Portugal, Guatemala, Méjico, España—. *Pleno derecho de los padres.*

Enseña esa clasificación, la existencia de una misma institución jurídica en pueblos de historia diversa y latitud geográfica distinta. Eso revela que la razón inspiradora de la institución no se funda en el *medio social.* El legislador español de 1889 tenía una tradición en el Proyecto de 1851, con la cual ha roto: ¿en qué razones se ha fundado?

El legislador debió pensar que instituido el matrimonio para regular las relaciones entre los sexos y dar carácter formal de autenticidad á las relaciones patrofiliales, constituye un *derecho* para los hijos engendrados fuera del matrimonio, el ser reconocidos por sus padres, y para éstos un *derecho deber* el reconocer á aquéllos. Como quiera, sin embargo, que se ha negado—como regla—su derecho al hijo, reconociendo al padre la libérrima facultad de reconocer ó no al hijo procreado fuera del matrimonio, parece exigir la lógica que la ley mantenga el mismo principio independientemente del estado civil de los padres, porque el estado civil es puramente formal y en nada altera la naturaleza de la personalidad.

Si los padres, mientras *solteros* ó *viudos*, son libres de reconocer ó no, la razón no autoriza para privarles de esa misma libertad, ni aun limitarla, cuando se *casen*. Además, de conformidad con el principio establecido, de ser un derecho del padre el reconocimiento, ha dispuesto la ley que ese acto pueda producirse hasta por testamento... Y limitar á los casados, en igual respecto, su libertad, sobre ser inícuo, implicaría la negación del principio legal en que la institución se funda.

La ley no crea el derecho: lo reconoce, declara y garantiza; habiendo declarado ser derecho de los padres el reconocimiento de los hijos, no podía condicionar ni limitar el ejercicio de ese derecho. Ahora bien: si ese derecho creado por la ley no se ajusta á la realidad, ésta se producirá fuera de la ley. De donde resulta el desquiciamiento social, que consiste en la *disconformidad* entre lo *legal* y lo *real*.

A estas razones, que parecen tener aspecto de fundamentales, pueden añadirse otras de carácter circunstancial, no menos interesantes. Entre innumerables casos, pueden ocurrir los siguientes: *a*) Los padres de un hijo extramatrimonial á quien no reconocieron en el acto del nacimiento, han contraído matrimonio en época en que ignoraban el paradero de su hijo. Después, parece el hijo. ¿Qué se hace con él, si la ley ha dicho que para legitimar al hijo por subsiguiente matrimonio, es condición *sine qua non*, haberle reconocido en el acto de contraer aquél, ó antes, ó treinta días después ó en los *dos meses* siguientes? *b*) Las conciencias poco reflexivas y las viciadas se rectifican con el tiempo. Por eso el legislador no debe imposibilitar la enmienda de los padres, que si primero rehusaron el reconocimiento de los hijos, desean después, pasado largo tiempo, realizar ese reconocimiento. *c*) El tiempo es para la Metafísica, *la forma de los cambios de estado;* mas para el Derecho es la *forma de las condiciones en que la persona puede realizar el suyo...* Modificadas las condiciones, por acción propia ó por el tiempo, el reconocimiento de un hijo que fué imposible por circunstancias especiales, puede ser deseado después, debiendo el legislador facilitar los medios para que sea practicado sin dificultad y sin violencia; pero si el legislador priva al padre del tiempo—que en la vida jurídica obra frecuentemente de Providencia—, se provocará un grave conflicto...

Se replicará que el deber es imperativo é incondicional—absoluto—, y ha de cumplirse porque es deber... Eso es verdad; pero ni en todas las personas alcanza la conciencia el mismo grado de intimidad ni la misma consistencia, y como las leyes se hacen para

hombres, entre los cuales los hay fuertes y débiles, es preciso legislar en vista de éstos, porque los fuertes no se aconsejarán de la ley para obrar, sino del deber.

La legitimación, por otra parte, aunque afecta los caracteres de institución civil, es plenamente natural. Derecho natural del hijo procreado fuera del matrimonio es venir al hogar conyugal de sus padres, y derecho deber de éstos es traerle á él. Por consiguiente, la ley no presta ningún favor ni á uno ni á otros instituyendo la legitimación: solamente sanciona un derecho, y en tal respecto no puede el legislador limitarlo; pero si se pretende por aquella institución, dar ocasión á los padres para rectificar actos, cuyas graves consecuencias no pudieron prever, y para moralizar su conducta, en beneficio de los hijos extramatrimoniales, para que vengan á disfrutar con sus hermanos legítimos y en iguales condiciones que ellos de la vida familiar, tampoco puede en razón limitar la ley la libertad de los padres para legitimar en el momento que lo deseen. Porque revelaría en el legislador dudas respecto á la bondad de la institución y contradicción en su voluntad, pues limitarla á determinado tiempo equivaldría á concederla y á negarla, á facilitarla é impedirla... Por consiguiente, de ningún modo debe condicionarse, para los casados, el reconocimiento de sus hijos extramatrimoniales.

Hasta aquí la primera parte del trabajo que extractamos. La segunda, dedícala el articulista á refutar el contenido de un trabajo, titulado «Hijos artificiales», en el cual se pide la reforma del artículo 121 del Código civil, «en el sentido de no permitir otro reconocimiento, á los efectos de la legitimación, que el anterior y coetáneo á la celebración del mismo».

***

## Revista Jurídica de Cataluña.

(Núm. 1.°, Enero 1904, Barcelona.)

RAFAEL GAY Y DE MONTELLÁ: *Seguros marítimos.*—Puede afirmarse, que no se concibe la prosperidad del comercio, ni aun su noción, sin la salvaguardia de la institución del seguro. Encuéntrase la razón filosófica del seguro en la necesidad de que toda exteriorización de la voluntad del hombre lleve aparejada una defensa, algo que permita caminar sobre terreno firme, una contra acción al obrar de cualquier elemento de resistencia que se oponga á la accion inicial de dicha voluntad. El seguro es la defensa del

obrar cuando el comerciante se lanza en busca de los beneficios que debe reportarle su esfuerzo poniendo á disposición del comprador los productos que necesita.

Siendo el campo de acción del comerciante extensísimo, éste halla frecuentemente fuerzas que se oponen á que realice sus propósitos y planes. Por la *previsión*, que parece la idea primordial en el concepto del seguro, se precave por el comerciante la pérdida, surgiendo de esa idea, otra: la *compensación*. Por la primera, la confianza del comerciante en el resultado de la operación se aumenta, pues en caso de pérdida, las consecuencias no serán tan sensibles si el seguro existe. Por la segunda, la operación mercantil desgraciada no quebranta el crédito del comerciante.

El seguro es una institución necesaria que afecta á la parte esencial del comercio: institución que si es fácil estudiar teóricamente, da ocasión á multitud de conflictos cuando llega el momento de determinar sus efectos, especialmente en lo que atañe á seguros marítimos, por el atraso de los Códigos mercantiles en esta materia.

Señaló D. José Espinós, en un artículo titulado «Seguros marítimos, Accidentes de guerra», como causas de los conflictos jurídicos indicados, la inmensa variedad de los accidentes y daños que pueden producir los distintos efectos de cada uno de dichos accidentes, la nueva situación de hecho creada por el propio accidente desde que sobreviene hasta que se cumplen las obligaciones del asegurador, la prudente y justa apreciación de los daños, la calificación, muchas veces difícil, de esos daños.... A esto se puede añadir la codicia del asegurador y asegurado, que atienden al propio provecho, exagerando él éste y restringiendo aquél.

Sobre todas esas causas productoras de conflictos jurídicos se halla la deficiencia de nuestro Código de Comercio en lo que respecta al seguro marítimo. Los artículos del Código, por su poca claridad y falta de criterio científico, provocan, cuando su aplicación llega, interpretaciones contradictorias al concepto filosófico del seguro marítimo y á las corrientes legislativas modernas.

Un caso práctico demostrará la verdad de la anterior afirmación. La Compañía aseguradora A. suscribe con el comerciante B. una póliza de seguro por valor de 30.000 pesetas sobre un cargamento de maderas. Ignorándose en el momento del contrato el valor del cargamento, después de hacerse constar que sobre el mismo existe un seguro por valor de 90.000 pesetas, se dice que el presente seguro á que se compromete la Compañía A., recae sobre un cargamento de maderas, sin añadir ninguna otra cláusula. Teniendo todo eso presente, se pregunta: ¿cuál es la verdadera cosa asegurada? ¿Quisie-

ron los contratantes suscribir un seguro marítimo refiriéndose solamente á una parte del cargamento de maderas? ¿Se refirieron á los beneficios probables que podían obtenerse?

Hay que empezar por examinar si dicho contrato constituye un seguro de beneficios. Científicamente, el seguro marítimo es una convención, por la que mediante una cantidad, que se llama prima, se garantizan las pérdidas ó averías que pueden experimentar las mercancías á consecuencia de accidentes marítimos. El seguro marítimo mira exclusivamente el resarcimiento de daños y pérdidas, pero no á facilitar la obtención de ganancias, principio sancionado por los artículos 1791 y 1795 del Código civil español y por la mayor parte de los Códigos marcantiles, entre ellos los de Francia, Bélgica, Italia y Brasil.

El art. 743 del Código de Comercio español, permite claramente, sin embargo, el seguro marítimo sobre el importe de los fletes y el beneficio probable; pero eso se permite sólo por excepción. Y repugnando á la esencia del contrato el que éste pueda recaer sobre beneficios, se puede concluir afirmando que, en el caso práctico estudiado, por no existir, directa ni indirectamente, nada que se refiera á beneficios, la cosa asegurada es simplemente una parte del cargamento de maderas. Á pesar de lo indeterminado del concepto, una parte del cargamento, no puede verse en ese contrato el pensamiento de asegurar un aumento del valor de las mercancías, puesto que el origen de la indeterminación del vocablo *parte*, se debe á ignorarse en la fecha del seguro el valor total del cargamento; y de admitirse la idea de que se quiso asegurar un aumento de valor, «resultaría que lo asegurado sería en realidad una idea, un concepto mucho más vago, mucho más indeterminado que la misma referencia que se hacía del cargamento.....» ¿No es de presumir que el comerciante, con el segundo seguro, pretendió salvar los riesgos que pudiera correr el aumento de valor que experimentó el cargamento durante la travesía, después de realizado el primer seguro?

El articulista contesta á esa pregunta afirmando: que el seguro de valor equivale al seguro de beneficios, inadmisible científicamente; seguro, no obstante, admitido por el Código de Comercio español, pero cuando constan sus condiciones; que el seguro de valor no era necesario hacerlo con una segunda compañía aseguradora, puesto que el aumento de valor se pudo prever al suscribir el primer contrato de seguro; y que lo que se aseguraba era una ganancia problemática, sujeta á los riesgos de la navegación y al valor de la mercancía en el mercado á la llegada del cargamento á puerto.

¿Se trata en el caso propuesto de un seguro de parte del cargamento? Afirmativamente contesta á esta pregunta el articulista. Para proceder así, tiene presente el dato cierto de que el primer seguro se hizo sobre el cargamento de maderas, por valor de 90.000 pesetas. De donde deduce que al celebrarse el segundo contrato, sólo quiso asegurarse el valor real del cargamento que ya no estuviera asegurado por el primer contrato.

JOSÉ GARCIA FERNÁNDEZ.

---

# HISPANO-AMERICANAS

---

## El Foro del Porvenir.

(Núm. 7.°; Agosto, 1903; San Salvador.)

SUMARIO: Centro-América, por Lastarria.—Organización del Municipio en El Salvador, por Castellanos.—Sobre quiebras, por Córdoba.—La pena de muerte en Francia, por Newman.—Sobre delincuencia, por Saavedra.—De las Compañías anónimas (continuación).—Notas sueltas.

***

## Revista Judicial.

PUBLICACIÓN QUINCENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

(Núm. 12; Octubre, 1903; San Salvador.)

SUMARIO: Poder judicial.—Acuerdos de la Suprema Corte.—Sentencias.

FRANCISCO OCHOA.—*Misión del Ministerio público.*—Estampa este jurisconsulto, al frente de su trabajo, estas hermosas palabras de Cervantes: «Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico, como por entre los sollozos é importunidades del pobre.» Necesarios son—dice después el articulista—la represión y el castigo, cuando el delito perturba la buena marcha de la sociedad. El derecho de castigo, que no ha sido siquiera puesto en duda, debe asentarse en la moral y en la justicia, é inspirarse en móviles elevados. No puede ese derecho descansar sobre el principio utilitario, ni puede mover á la sociedad, cuando impone el castigo, el senti-

miento de represalia, ni ha de inspirarla el procedimiento ciego y severo que se llamó del *talión*: la sociedad, cuando ejerce el derecho de castigo, procede en nombre de una necesidad inherente á su organismo: la de su conservación y estabilidad... La imposición de una pena exige y supone necesariamente un juicio. Expone el articulista la diferencia que existe entre el juicio criminal y el civil. Afirma que el Juez no puede constituirse en parte, y como la imparcialidad que debe observar le impide realizar ciertos actos, porque pudieran parecer interesados, la sociedad debe tener en el juicio criminal un representante que vele por el esclarecimiento de los hechos; misión que no puede corresponder al acusador privado, por no existir en todos los delitos una persona directamente perjudicada, y porque, aun habiéndola, no siempre tiene medios para constituirse acusadora, ó está dispuesta á acusar... De ahí nació la institución del Ministerio público, institución que no es de origen antiguo.

Hasta el siglo III no se iniciaron en Roma los procedimientos de oficio. Mas no se halla ahí el origen del Ministerio público... Respecto á Francia, no se sabe de modo cierto de cuándo data la institución mencionada... Algunos atribuyen el origen de ésta á España, y así parece lo cree el articulista, que transcribe un párrafo del notable jurisconsulto Ballesteros. «Cuando se instituyeron Tribunales permanentes—dice este jurisconsulto—apareció diseñado el Ministerio público con atribuciones claras y definidas. Don Juan II mandó crear un Fiscal, y los Reyes Católicos lo establecieron en las Cancillerías. Los posteriores continuaron nombrándolos para los nuevos Tribunales que fundaban, aunque sin darles la misma organización ni las mismas atribuciones. Felipe V trató de constituir el Ministerio público, y al efecto creó un Jefe, del cual dependieron los Abogados fiscales necesarios para el despacho de los negocios.»

Expone el articulista la legislación de Venezuela en cuanto atañe al Ministerio público. Entre los preceptos legales que cita y transcribe, se halla el art. 168 del Código de Enjuiciamiento criminal, que dice: «El Ministerio fiscal está en el deber de promover cuanto sea necesario al descubrimiento de la verdad, y de pedir, cuando sea procedente, el sobreseimiento de la causa ó la absolución del reo en sus casos.» El articulista entiende que los preceptos legales por él citados definen con precisión la naturaleza de las funciones encomendadas al Fiscal, y determinan con claridad su misión. Ésta consiste en buscar la verdad y hacer que se administre justicia. El norte del Ministerio público deben ser la rectitud y la probidad; su radio de acción, el sereno campo del derecho; sus

fines, la aplicación de la ley y la represión de los delitos. Para el que ha quebrantado los fueros sociales, debe el Fiscal pedir la imposición de la pena justa sin vacilaciones ni temores...; mas si el encausado aparece inocente, ó si el delito por él ejecutado merece atenuación, debe el Fiscal pedir el sobreseimiento ó la absolución en el primer caso; y en el segundo, hacer valer las causas de atenuación...

No debe el Fiscal emplear dureza y acritud contra los reos, ni hacer uso de medios humillantes, ni pedir la práctica de diligencias que tiendan á infamarlos. No están reñidas con las funciones del Ministerio público la compasión que inspira la desgracia ni la mesura y corrección en los actos... El estilo del Fiscal debe ser austero y comedido, verídico y persuasivo...

Porque son graves y altísimas las funciones del Ministerio fiscal, la persona á quien se confían debe reunir dotes y condiciones que garanticen su fiel desempeño: ciencia, imparcialidad, honradez, rectitud, energía, experiencia...

—Relación de los trabajos diarios de la Corte Suprema durante el año 1903.—Gacetillas.

***

## Revista Jurídico-Notarial.

(Núm. 33. 1.° Noviembre, 1903. Santiago de Cuba.)

SUMARIO: *Nuestra Audiencia.*

E. GÓMEZ PLANOS: *La Escuela de criminología.*—Dice el ilustrado articulista Sr. Gómez Planos, que en Cuba, ni el Código penal ni las cárceles responden al fin de las instituciones modernas de represión y corrección de la delincuencia, reinando tal abandono en esta materia, que sólo ahora se estudia en la Universidad de la Habana, Antropología, y se explica Criminología á los alumnos de Derecho, pero no al personal carcelario, que debe saber todo eso, puesto que ignorándolo, por muy sabia que sea la ley, nada útil se obtiene, si los encargados de modificar al hombre delincuente carecen de la instrucción necesaria. Estima el articulista que se impone la necesidad de crear una Escuela de Criminología, enseñanza que puede darse en la Universidad, ó mediante la creación de unos Tribunales que salgan del seno de las Audiencias, que examine, con sujeción á programa, previamente redactado, á los que aspiren á ser miembros del Cuerpo de Prisiones.

—Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—Poder ejecutivo.—Aranceles.—Nuestra Revista en Italia.—Ricardo Lancés: notas y grabado.

***

## Revista Judicial.

(Núm. 14. San Salvador, 1903.)

SUMARIO: Poder legislativo.—Poder ejecutivo.—Poder judicial.—Acuerdos de la Suprema Corte.—Sentencias.—Relación de los trabajos diarios de la Corte plena en 1903.

FRANCISCO OCHOA: *La misión del Juez.*

(Núm. 15.)

SUMARIO: Poder ejecutivo.—Poder judicial.—Sentencias.—Oficio del Ministerio de Relaciones exteriores de Honduras para la ratificación de la Convención de 19 de Enero de 1895.

ROQUE SÁENZ PEÑA: *Discurso pronunciado en el Congreso internacional de Montevideo, sobre extradición de los reos.*—Tres son los casos que pueden presentarse respecto á un individuo que delinque fuera del territorio de su nación: cuando el delincuente continúa residiendo en el territorio extranjero donde realizó el acto; cuando después de delinquir ha buscado asilo en un tercer Estado; y cuando el culpable, después de delinquir, se ha refugiado en el territorio de su país.

La solución de los dos primeros casos no ofrece dificultad; pero en el caso tercero, ¿deben los Tribunales del país donde el crímen fué ejecutado, deponer su jurisdicción en favor de los Tribunales de la nación del delincuente?

El privilegio de la nacionalidad, sustrayendo al culpable del *locus delicti*, perturba el orden de las jurisdicciones y ataca el principio de la ley territorial, con menoscabo de la soberanía. Además, ese privilegio no existe propiamente en el interés del nacional, sino en ventaja del culpable, que no debe tener nacionalidad ante la ley penal.

Se explica el personalismo de las leyes, cuando él se funda en legítimo interés; y se explica el estatuto personal que rige la capacidad civil de las personas, donde quiera que se hallen, para protegerlas. Mas la protección de malhechores, no es fácilmente explicable, porque no se funda en noción alguna moral ni jurídica.

La extradición no implica juicio ni castigo. Tiene por objeto someter al delincuente á la jurisdicción del delito, impidiendo que la fuga altere la condición legal del reo ni sirva á crear una complicidad con el país de origen. Este principio fluye, lógica y naturalmente, del Derecho internacional moderno... Se dice que el país de

origen no pretende la impunidad del regnícola, sino que reclama el derecho de imponerle la pena. ¿Pero cuál será la ley que determine la pena? Si se aplican las leyes del país de origen, se aplica una ley que no ha sido violada; y si se aplican las leyes del territorio donde se cometió el delito, se comete una inconsecuencia, porque la ley penal es territorial por su esencia y carácter, y no puede ser aplicada por Jueces extranjeros.

Se dice que la entrega de un nacional es un acto violento y repulsivo, pero no se justifica la causa determinante de esos sentimientos. Estos demuestran que la ciencia del Derecho internacional privado no ha completado todavía la evolución de sus progresos y que el viejo sentimiento de hostilidad que la Historia descubre en el corazón de los pueblos antiguos, ha sido sustituído por desconfianzas y reservas. Si hay un Estado cuya justicia no merezca confianza, se debe empezar por negarle la celebración de todo pacto y no entregarle los nacionales refugiados ni permitirle el juicio de los mismos cuando se hayan mantenido en el territorio del delito; pero la jurisdicción y competencia de los Tribunales del crimen no debe ser depuesta, ante la nacionalidad del delincuente, cuando es su propio país el que le da asilo.

***

**Boletín del Instituto Científico Literario. «Porfirio Díaz».**

(Núm. 11. Enero, 1904, Toluca.)

SUMARIO: Sección de Jurisprudencia: La misión del defensor de los acusados, por el Sr. D. Francisco Ochoa.—Sección de Pedagogía: La base del éxito y de la dicha, por Antonio Albarrán.—Sección de Programas: Programa del curso de Botánica.—Trabajos escolares: Tutela, por Protasio Gómez.—Sección de variedades.—Sección de noticias.

JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ.

# NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS (*)

**Defensa obligada contra acusaciones gratuitas**, por el *P. Nozaleda*, Arzobispo dimisionario de Manila y electo de Valencia.—Folleto de 93 págs.—Madrid, 1904.

Hemos leído con suma detención la defensa que de su gestión como Arzobispo de Manila en las críticas circunstancias de la pérdida de nuestra soberanía en el Archipiélago Filipino, ha publicado el P. Nozaleda.

El Arzobispo dimisionario de Manila, ante la crudeza del ataque, ha estimado estricto cumplimiento de un deber inexcusable defender, no ya sólo su persona, siempre respetable por el alto ministerio que le estaba encomendado, sino el prestigio del nombre español, y ante todo la honra y enaltecimiento de la Iglesia, y sobre todo, que al ungir su cabeza con la consagración episcopal, le exigió la fidelidad inquebrantable de acudir al puesto de combate para destruir, confundiéndolos, á los detractores de aquella perdurable Institución.

La *Defensa*, escrita por el Arzobispo dimisionario, concreta todos los cargos de las acusaciones en forma muy sintética y les da contestación robusteciendo los argumentos con una amplia documentación por todo extremo interesante. El lenguaje es sencillo y desapasionado, anhelando, según cuida de consignar el autor del folleto, que sus palabras sean dulce imán que atraiga á sus impugnadores, y hasta regalada miel de caridad para los mismos que con mayor saña le han difamado.

***

**Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal**, por *D. Enrique Aguilera de Paz*, Juez de primera instancia, con un prólogo de *D. José María Manresa*.—Libro de XXIII-478 págs.—Madrid, 1904. Hijos de Reus, editores; precio, 8 pesetas en Madrid, 8,50 en provincias.

El libro de Aguilera de Paz, que constituye un especialísimo y detenido estudio acerca da las cuestiones llamadas prejudiciales en

(*) De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

el procedimiento penal, es de una actualidad é importancia indiscutibles.

En la tradición de nuestro Enjuiciamiento criminal no habrán, seguramente, de encontrarse preceptos de derecho positivo, reguladores de la sustanciación y trámite de aquellas cuestiones, que prejuzgando á veces la culpabilidad ó inculpabilidad del acusado, deben ser resueltas como necesario antecedente de la terminación definitiva del juicio criminal. El arbitrio del Juez, no siempre contenido en los límites del derecho estricto, y la carencia de principios fundamentales sobre los cuales debiera descansar la delimitación de la privativa competencia de las jurisdicciones civil y criminal, constituían, regulado por una especie de jurisprudencia consuetudinaria, todo el mecanismo rituario en cuanto al trascendental asunto de las cuestiones previamente determinantes de la culpabilidad ó de la inocencia del presunto reo, siendo por todo extremo lamentable la confusión de las atribuciones en orden á las jurisdicciones civil y penal para solucionar tales incidentes.

A ello quiso poner término el Código procesal de 1882; pero fueron tan limitados sus preceptos y tan escasa la labor reformadora, que la oscuridad en la materia ha continuado, y como por la naturaleza de tales cuestiones el Tribunal Supremo no puede con su sabia doctrina suplir las deficiencias de la ley, es meritísimo el esfuerzo de aquellos laboriosos jurisconsultos que, como Martínez del Campo y Covián, han seguido las huellas de Mancini, Mortara y Hélie, ilustrando con sus estudios sobre la materia, la opinión jurídica en nuestra Patria.

La obra de Aguilera de Paz es una continuación de labor tan fructuosa para la recta administración de justicia, y es la más dogmática y completa de todas las hasta ahora publicadas en España.

La sistematización y ordenamiento del estudio de las cuestiones prejudiciales y su diferenciación de las llamadas previas, con referencias y comparaciones á las legislaciones extranjeras; la exposición sintética de los principios incontrovertibles sobre jurisdicción y procedimiento, al ser aquéllas tramitadas, y la abundante doctrina, que permite al lector sin gran esfuerzo imponerse del asunto, merced á la claridad y precisión del lenguaje, avaloran el mérito del libro de Enrique Aguilera de Paz, que por ello habrá de ser seguramente consultado por quienes, en razón al oficio, necesitan poseer tan valiosas enseñanzas jurídicas en esa especialidad procesal.

P. GONZÁLEZ DEL ALBA,
Magistrado de la Audiencia de Madrid.

**Las ciudades del siglo XX y los monopolios de servicios públicos. El socialismo municipal.**—Primera conferencia de *Francisco Carrera y Justiz*, Profesor de la Cátedra de Gobierno municipal, creada por la Asociación de buen gobierno municipal de la Habana, 1904.—Imprenta de la «Moderna Poesía», Habana.

Con disposición lógica, el Catedrático autor publica su primera conferencia, precediéndola de un estudio sobre las Asociaciones de buen gobierno municipal, que, según descubre el lema, son organismos creados para procurar el constante mejoramiento, en sus múltiples aspectos, del gobierno de las localidades; problema que afecta en primer término á la educación pública, y exige, por ende, la difusión de los conocimientos necesarios para que cada ciudadano se penetre de la parte de soberanía nacional que representa y de la responsabilidad que le alcanza como miembro de una Sociedad democráticamente organizada, que debe hallarse apta, en su vida de relación con el Estado, para actuar con funciones de motor enérgico, eficaz, sobre el Gobierno, que es su mera delegación accidental.

Forman también en este preliminar breves referencias á la organización y fines de los Municipios cubanos y á la necesidad de la instauración de tales asociaciones en aquella isla.

El desarrollo del tema propio de la conferencia está cimentado con interesantes trazos históricos de la ciudad y del rápido crecimiento urbano, cuya última evolución lleva consigo una gran amplitud de los fines sociales del Gobierno municipal.

En esta cada vez más creciente extensión y complejidad de asuntos de política local, aparece con mucho relieve la tendencia, en buen número de municipalidades europeas y norteamericanas, á iniciar y desenvolver por su cuenta y administración las grandes empresas de servicios públicos, y para explicarse el fenómeno, el autor se suma á la escuela italiana, que lo considera como un desenvolvimiento del principio de cooperación, característico de la edad moderna, contra las opiniones de Wilcox, Albert, Shaw y otros, que lo creen suscitado por un avance de la doctrina y de la acción socialista.

La razón de ser de la tendencia señalada, hállase como elemental y obvio en filosofía política y en economía pública; para satisfacer las necesidades comunes, trascendentes de la vida familiar, vive la corporación de vecinos que la ciudad reune, y á la administración de sus negocios peculiarísimos por el Municipio le son aplicables las leyes económicas de los negocios corrientes, según las cuales, no tiene defensa posible el consentir que se enriquezcan

los concesionarios de servicios públicos (aguas, alumbrado, tranvías, teléfonos), obteniendo del vecindario lucros que éste puede hacer suyos.

Numerosos ejemplos, en relación amena, de la práctica de ese llamado socialismo municipal en Europa y América, y el atisbo de lo que pudiera ser en Cuba, complementan el trabajo, que invita al encomio por la sugestiva materia de su objeto, por el acierto de la exposición y el saber que trasluce, y que singularmente para los compatriotas del autor es voz que orienta y deuda considerable.

DAVID ORTIZ ARCE.

---

**Guía para el estudio y enseñanza de la criminología**, por *A. Niceforo;* traducida y ampliada por *C. Bernaldo de Quirós.*

Con este libro inaugura la casa editorial «Viuda de Rodríguez Serra», una *Biblioteca de ciencias penales*, dirigida por C. Bernaldo de Quirós.

El autor elegido es de fama europea. Días hace, la Sociedad de Antropología de París le adjudicaba por uno de sus trabajos el premio Godard, que concede cada dos años al mejor trabajo de Antropología aparecido en el año entero.

La obra es interesante y sugestiva en su sencillez y brevedad. Con su lectura, el lector se inicia en los últimos dictados de una ciencia joven y fecunda.

La traducción es lo que debe ser: fiel. El traductor ha escrito un apéndice final, en que aparece resumida la labor española en el dominio de la Criminología, y se da cuenta de la investigación extranjera aportada al V y último Congreso de Antropología criminal que se reunió en Amsterdam á fines de 1901.

X.

# ALGUNAS NOTAS

## SOBRE LA IDEA KANTIANA DEL DERECHO NATURAL

PARA D. L. DÍEZ CANSECO.

No puede dudarse de que Kant conciba la existencia de un derecho natural distinto del positivo, cuyas mutuas relaciones sean las de lo racional y lo empírico. El problema planteado hoy, para cuya solución se han propuesto ideas contradictorias, es el que pregunta por el carácter de su propio contenido.

Los términos del problema son los siguientes: el derecho natural kantiano ¿es *material* ó *formal*? ¿Es un código racional que determina *a priori* la forma y estructura de las instituciones positivas, ó un mero ideal abstracto, realizable igualmente por instituciones positivas de diversas formas?

El derecho natural pensado en la primera hipótesis es el característico del siglo XVIII; el que corresponde á la segunda ha sido expuesta recientemente por el neokantiano Stammler. El de la primera es un desarrollo, en los términos de la filosofía abstracta, del derecho natural elaborado durante la Edad Media, que procedía de las ideas aristotélicas y romanas sobre un derecho de la naturaleza (φυσικον y κοινον δικαιον, de Aristóteles; *jus naturale et gentium*. de los jurisconsultos romanos); y el de la segunda aparece como reacción contra el positivismo, que niega todo derecho natural, y representa, al decir de Petrone, con las direcciones neocatólica, krausiana y lo que queda del idealismo francés de Cousin y del alemán derivado

de Fichte, la tradición filosófica de la ciencia del derecho frente á la posición antifilosófica del positivismo jurídico.

Contra la interpretación, generalmente seguida (verbigracia, por Stahl), del derecho natural kantiano, que lo coloca dentro de las doctrinas dualistas del siglo XVIII, se han manifestado desde antiguo otras opiniones, según las cuales se podría pensar á Kant como el iniciador de las actuales corrientes del unitarismo.

Raumer (1), dice que, según Kant, no cabe un sistema de derecho positivo, de instituciones particulares, por la arbitrariedad y contingencia inherentes á lo empírico en su sistema.

Manuel Fichte, el hijo del gran Fichte, declara en el prólogo á las obras completas de su padre, cómo, á su juicio, fué éste el primero que construyó científicamente el código racional de las instituciones, que á Kant no era posible, limitándose éste á señalar la base (2).

Aguiléra sostiene que Kant representa, frente á la filosofía del derecho de Wolf y su escuela, la nueva concepción del derecho, y, á su juicio, Stahl se equivoca al comprenderle en la dirección anterior (3).

Y Landsberg, por último, dice que la filosofía del derecho de Kant es una cabeza de Jano, pues mientras corresponde por un lado á las tendencias del siglo XVIII, por otro descubre los horizontes de la filosofía moderna (4).

Y dice esto último principalmente en relación al derecho, porque, á su juicio, el derecho natural kantiano es ya *formal* y no *material*, como en el siglo XVIII. El principio del derecho en Kant, según Landsberg, como el de la moral, es abstracto,

---

(1) *Ueber gesch. Entwik. der Begriffe von Recht, Staat und Politik;* 1826.

(2) *Sammtliche Werke;* t. 3.º, Berlín, 1845, p. 22 y sigs.

(3) *L'idée du droit en Allemagne depuis Kant jusqu'à nos jours;* París, 1893, c. 3.º

(4) En su continuación á Stintzing, *Gesch. der deutschen Rechtswissenschaft,* sec. 3.ª, p. 503; y en su conferencia sobre *Kant y Hugo* (*Zeitschrift,* de Grünhut, vol. 28, 1901), p. 670.

sin contenido. «Kant—dice—toma todo teorema de la experiencia, y *à priori* sólo da como posible un criterio formal para los preceptos positivos, de cuya verdad ofrece testimonios en el pormenor de las instituciones, pero á manera de ejemplos, puesto que de ello la razón sólo aproximativamente puede juzgar.»

Antes de todo, se ha de notar que constituyen el derecho natural kantiano los principios del derecho inmanentes en la razón humana, los que están en ella contenidos antes de la experiencia, los principios *a priori* del derecho; y que si en la filosofía moral—lo mismo que en la de la naturaleza—principios *a priori* y principios metafísicos son para él expresiones equivalentes, aunque no lo sean en el problema del conocimiento, que es el de la *Crítica de la razón pura*, es indiferente decir derecho natural ó principios metafísicos del derecho (1).

Pero en su lenguaje, decir principios metafísicos es lo mismo que decir principios sintéticos *a priori*; luego los principios de derecho natural son principios sintéticos: Ahora bien: así como principios analíticos y principios de contenido formal es todo uno en su filosofía, puesto que la razón, materia de los juicios analíticos, es la forma del conocimiento y no cosa ninguna sustancial, así es todo uno principio sintético y principio de contenido material; luego no puede caber duda de que el derecho natural kantiano contiene una propia materia y sustancia, puesto que el dudarlo equivaldría á desconocer la identidad en el pensamiento kantiano de las expresiones, «analítico» y «formal», «sintético» y de «contenido».

Mas no es esto lo importante en la cuestión que nos ocupa, sino, sobre todo, el discutir la *posibilidad*, no la *existencia* de estos postulados *a priori* en el sistema kantiano. Aquellos para

(1) Á cuya razón corresponde el título de su obra de filosofía del derecho *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, en simetría y complemento á los *Principios metafísicos de la naturaleza*, publicados antes, y á los *Principios metafísicos de la moral*, publicados después bajo la misma *Introducción á la metafísica de las costumbres*, que apareció por primera vez en su obra sobre el derecho.

quienes la razón no puede contener *a priori* más que la pura forma, y no obstante pretenden representar el sentido verdadero de la doctrina de Kant, tienen que sostener, contra las declaraciones de éste, que los términos en que su filosofía planteó el problema del conocimiento hacen imposible los postulados *a priori* de contenido sustancial; quieren ser más verdaderos kantianos que Kant mismo; apelan de Kant ante el propio Kant *mejor informado*, oponiendo á la *Crítica de la razón práctica* el que estiman genuino carácter de la *Crítica de la razón pura*, ó por mejor decir, de su primera edición, puesto que la segunda ya no satisface á Schopenhauer. Los juristas que hablan de un derecho natural kantiano meramente formal hacen, más ó menos reflexivamente, lo que, á juicio de Hugo, debe hacer todo filósofo del derecho, y él mismo hizo con la doctrina de Kant: prescindir de su parte práctica y atenerse de modo exclusivo á la teórica.

Así, los que adoptan este modo de ver, más bien construyen una teoría del derecho dentro de los límites de la razón pura, que se sujetan á la doctrina del derecho de Kant, suponiendo que el pensamiento de éste es contradictorio; contradicción que no sería de aquellas inherentes á toda obra humana que refleje un pensamiento vivo, sino que procedería de la raíz misma del pensamiento, puesto que en el fondo del espíritu de Kant está siempre supuesta é implícita la profunda unidad, dentro de su profunda distinción, de la razón pura y la *pura* práctica.

La contradicción consistiría, declarando sus términos en lenguaje de Kant, en afirmar y negar á la vez la posibilidad de los juicios sintéticos *a priori*, se podría decir.

En el sistema de Kant no son posibles los juicios sintéticos *a priori* (1); en efecto, juicio analítico y sintético significan, respectivamente, en él, juicio *declarativo* y juicio *extensivo* del contenido de una noción. De donde *a priori* no pueden

(1) *Crítica de la Razón pura*, Introducción.

formularse más que juicios analíticos, porque, *a priori*, la actividad racional no puede sino *declarar* lo previamente contenido en una noción, y no *extenderla* más allá de esto, y, por consiguiente, es absurdo hablar de un juicio *extensivo*, es decir, sintético *a priori*.

Esto, por lo que hace á su naturaleza, expresada en la definición; atendiendo á su principio, determinado por ella, se concluye de igual modo. En efecto; no existen para Kant más que dos principios posibles, por los cuales se pueda formular un juicio: el de contradicción y la experiencia.

El principio de contradicción es el de los juicios analíticos: porque como en ellos la noción del predicado está contenida en la del sujeto, se puede afirmar que ésta se destruiría si no le conviniera aquélla. Pero el de contradicción es al mismo tiempo el único principio posible de los juicios *a priori*, porque la razón los formula antes de toda experiencia, según su propia actividad, que se determina por virtud de la necesidad de no contradicción. Luego los juicios sintéticos, que por no afirmar, como los analíticos, una relación necesaria, apodíctica, sino arbitraria y accidental (puesto que la noción de su sujeto se podría pensar, aunque tal predicado no la conviniera), no se determinan según la ley de no contradicción, inmanente en el hacer racional: no pueden ser formulados *a priori*, y su único principio es la experiencia.

Por ejemplo: el juicio en que afirmo que todo cuerpo es extenso, lo formulo *a priori*, porque puedo decir: mi noción de cuerpo se destruye si prescindo de la noción de lo extenso. Por el contrario, para afirmar que todo cuerpo es pesado, necesito de la experiencia, porque puedo pensar cuerpos, prescindiendo de la noción de la pesantez. El primer juicio es analítico, en cuanto es meramente *declarativo* del contenido del sujeto; el segundo es sintético, porque *extiende* esta noción á determinaciones no pensadas en ella.

Se podría concluir así: los juicios sintéticos *a priori* carecen de principio, puesto que, por ser sintéticos, no pueden for-

mularse en virtud del de contradicción, y, por ser *a priori*, no proceden de la experiencia; luego no son posibles, á no ser que haya un tercer principio, además de los indicados, según el cual pueda afirmarse alguna cosa. Prescindamos de si existe ó no este medio para Kant, en la *Crítica de la raza pura*, y del valor que tengan en ella sus afirmaciones sobre este punto, y vengamos á considerar el problema en la *Crítica de la razón práctica*, ó mejor, en sus *Principios metafísicos del derecho*.

La razón humana, no sólo se conoce á sí propia en los juicios analíticos *a priori* (conocimiento trascendental) y se extiende, determinada por la experiencia, en juicios sintéticos de valor sustancial (conocimiento empírico); sino que ella misma *hace:* no ya solo *conoce*, es causa de un cierto orden trascendente de realidad, el de la conducta racional humana.

La razón, principio de conducta, se pone, antes de todo, como imperativo de la voluntad, y por lo mismo supone que el sujeto es *libre*, lo que no quiere decir sino que es capaz de obedecer la regla racional, de obrar conforme á razón. De este modo, el imperativo de la voluntad nos hace *conocer* que somos libres; es el principio de *conocimiento* de la libertad, dada en la base como su condición, antes de todo conocimiento, según su *principium essendi*, que no es, pues, el imperativo de la razón práctica.

Y si el fin en este orden del hacer es que la razón se realice, la libertad interna—es decir, sencillamente, tal como está en ello pensado, la posibilidad de que la conducta humana se determine de acuerdo con la razón—es su condición indispensable, y en el supuesto de la vida social, la libertad externa también, ó lo que es lo mismo, la posibilidad de determinarse á obrar cada uno con independencia de los otros, conforme á la razón. Pero la *libertad interna* supone el triunfo de la razón sobre las tendencias inferiores (lo que llama Kant con Tomasio *paz interna*), y la *libertad externa* supone que cada uno dispone de su esfera de acción exterior, sin temor á ser perturbado

por los otros *(paz externa)*. Ahora bien: la *paz interna* es el objeto de la moral; la *paz externa*, el objeto del derecho.

Hasta aquí la razón procede analíticamente *a priori*, según el principio de contradicción, partiendo del postulado de la razón práctica, impuesto de buenas á primeras y sin que de él pueda caber duda—como no la cabe de que somos y pensamos—segun el que la razón debe ser realizada en la vida; y por lo mismo, el principio de derecho natural á que se llega de este modo (el de la paz externa) es meramente formal, carece de contenido. Para comprender lo que esto significa en concepto de Kant, sirve su construcción del derecho de gentes, tal como aparece en la última parte de los *Principios metafísicos del derecho*. El fin del derecho en esta esfera, como en todas, es la paz externa; aquí, la paz entre las naciones, la *paz perpetua*, como se decía en su tiempo.

La razón impone este principio como necesario; no se sabe si se podrá realizar, pero no importa; si se prescindiera de él, «nacería en el hombre el horrible deseo de carecer de razón».

Pero la razón no contiene otra cosa.

Nada dice de la forma ó constitución de la sociedad de los Estados, necesaria para realizar este fin. Se ofrece sólo en su pureza racional, antes de toda determinación y construcción, en formas concretas, sin contenido alguno de sustancia, cuyo advenimiento será obra de la vida. *Es probable*, y se puede estimar así, juzgando por analogía, que la forma republicana de cada uno de los Estados, dentro de la organización republicana de la sociedad de todos ellos, realizará el ideal de la paz perpetua; pero la razón nada dice de esto *a priori;* nada sabemos con la fijeza y seguridad de los dictados racionales. El ideal impuesto por la razón pudiera adoptar, al ser realizado de hecho, éstas ó las otras formas accidentales de mero valor histórico, en todas las cuales estaría determinado á un propio modo, y sobre todas ellas permanecería siempre, marcando la dirección de otras nuevas. Esta concepción hace recordar aquella figura tan expresiva con que Stammler significa plásticamente cuál es su

concepto del derecho natural; en qué consiste su carácter de derecho absoluto, y al propio tiempo formal, abstracto, sin contenido. El se lo representa como la estrella que marca su dirección al piloto, conforme á la cual, el camino que recorre la nave, no obstante sus vacilaciones, sus extravíos á uno y otro lado de la línea ideal, indispensables en una ruta que se hace, y no sólo se piensa, ó se dibuja en el mapa, es el que la conduce al puerto de destino.

De este modo, el derecho natural kantiano obedece á la fórmula de Stammler: «un principio formal absoluto, con contenido variable» (1).

Mas no en todas las esferas del derecho concibe Kant sus principios de igual modo. Todo su derecho privado se funda en un principio jurídico material, objetivo, de contenido.

En efecto: el principio según el que se ha de obrar de tal modo que alguien pueda llamar jurídicamente suya una cosa exterior, es, según el mismo Kant afirma, un juicio sintético *a priori*. Y que en este postulado tiene base todo el derecho privado kantiano, no puede ofrecer duda, porque la esfera privada del derecho es la de lo mío y lo tuyo exterior; y según que el objeto de propiedad sea una cosa natural, un acto de ajena voluntad, ó el estado de otro respecto del sujeto, se constituyen las tres partes en que él considera el derecho privado, *derecho real*, *personal* y *real-personal*, respectivamente: es decir, en el sentido de Savigny, derecho de bienes (real y de obligaciones) y derecho de familia.

Este postulado, que puede formularse así: *obra de tal modo, que lo exterior de cada uno jurídicamente suyo le sea reconocido* (2), es un juicio sintético *a priori*. Siguiendo analíticamente (según el principio de contradicción) las conclusiones en que se determina el postulado de la razón práctica para este caso de la posesión exterior, no pasan de formular como necesario

(1) *Wirtschaft und Recht* (1896), § 33.
(2) *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*; Derecho privado, § 6.º

el respeto á la posesión *física* de una cosa externa. En efecto: de la necesidad de que la libertad de cada uno sea respetada, se deduce analíticamente (está ya pensado en ella misma) que nadie debe arrebatarme la cosa que tengo en mi poder, porque lo contrario implica violencia, coacción, es decir, negación de mi libertad; de ella se deriva, pues, según el principio de contradicción, es decir, de tal modo, que la libertad sería y no sería libertad, si la posesión física no hubiera de ser necesariamente respetada. Pero el principio *a priori* de la propiedad externa no se formula por la razón como una exigencia ineludible de respeto para la posesión física ó mera tenencia, sino que significa una imposición de respeto á la *propiedad jurídica*, á una propiedad, cuya esencia consiste en referirse á la cosa, no en cuanto es físicamente otra que el sujeto, es decir, no en cuanto está separada de él en el espacio y el tiempo, separación que se resuelve por la tenencia material (*possesio phaenomenon*), sino en cuanto es esencialmente distinta de él, distinción que se resuelve por la *posesión jurídica*, que supone la posesión de la cosa en sí (*possesio noumenon*), que subsiste independientemente de la tenencia física. Pero la posesión jurídica no puede derivarse analíticamente del postulado de la libertad; yo seguiría siendo libre, aunque no se me reconociera esta propiedad exterior. El juicio en que yo afirmo que esa clase de propiedad debe ser respetada, es un juicio sintético, en el que extiendo el concepto de la libertad exterior á determinaciones no comprendidas en él, y cuya no existencia no le hacía ser distinto del que es. No implica contradicción; y, sin embargo, este juicio, como todos los de derecho natural, está dado *a priori*: antes de toda experiencia sobre los resultados de una conducta contraria al reconocimiento de lo suyo exterior de otro, yo sé con evidencia que debo reconocerlo y respetarlo.

Estamos, pues, en presencia de un juicio sintético *a priori*. Y nuestro asunto es saber cómo son posibles para Kant los juicios de esta clase, cuál sea su principio.

La razón no puede exigir *a priori* respeto para la posesión

*física*, porque en ella nada puede haber de este orden *físico*, puesto que sus postulados son independientes de todo espacio y tiempo dados: al exigir respeto á la propiedad externa, sólo puede referirse al objeto de la voluntad como tal, á todo objeto posible de la voluntad. De este modo, el principio analítico, según el que la tenencia física debe ser respetada, se convierte, al ser formúlado *a priori*, en este otro principio que ordena respetar la posesión de un objeto de la voluntad, no en cuanto es distinto de ella en el espacio y en el tiempo, porque estos conceptos no caben dentro de la razón, sino meramente en cuanto es tal objeto posible de voluntad; ordena, pues, el respeto á la *posesión jurídica*. ¿Cómo se ha derivado entonces este principio del postulado? Pues de ninguna manera: es un postulado que *está en el aire*, no se apoya en nada, ni principio alguno da razón de él; este postulado se impone por la razón á la voluntad como regla de conducta; mas si se pregunta: ¿por qué debe ser respetado lo suyo jurídico de otro? La razón no contesta nada, nada sabe de eso. El postulado que ordena el respeto á la propiedad exterior *no puede ser profundizado*, no se puede construir en la unidad del mundo de la razón. Pero observemos que la contradicción se ha desvanecido. En efecto: nacería de afirmar que, á pesar de no darse, según el principio de contradicción, el postulado del derecho de propiedad externa, éste podría ser hallado *a priori* en virtud de un proceso lógico de deducción; pero esto se niega resueltamente. Por el contrario, afirmarlo como *principio de conducta a priori*, cuya necesidad nace del imperativo categórico que ordena cumplir el deber porque es deber, en nada contradice los supuestos de la teoría del conocer racional.

He aquí cómo podría quizás sostenerse que pudo afirmar Kant sin contradicción la existencia de un derecho natural material, de contenido.

¿Mas por qué, se dirá, esos principios, no obstante ser racionales, no pueden constituirse *a priori* en la unidad del mundo racional? Porque—podría contestarse—esos principios,

en cuanto sintéticos que son, sólo pueden ser demostrados en una metafísica que Kant no creyó posible. ¿Cómo, sino en virtud de un principio que trascendiera de lo puesto *a priori*, habría de darse razón de ellos, si de lo *a priori* no se derivan analíticamente?

El origen del contenido experimental de los juicios sintéticos *a priori* pretende explicarlo científicamente la doctrina representada por Spencer, de la fijación en el sistema nervioso de las modificaciones determinadas por el medio ambiente y su trasmisión hereditaria, según la que estarían fisiológicamente prefiguradas las máximas sintéticas de la razón. La opinión de Wundt es más bien contraria á la posibilidad de estos juicios sustanciales *a priori*: puesto que, para él, hereditariamente, sólo puede recibir el sistema nervioso una disposición ó aptitud para formular principios sobre datos de experiencia, cuya forma sería lo solo dado *a priori*. Pero aun puede decirse que sin admitir la posibilidad de que se hereden en el sistema nervioso los postulados sintéticos de la razón práctica, ni forma ni sustancia alguna intelectual, sino limitándose con Schuppe á sostener que las ideas generales (racionales) nos son trasmitidas por el lenguaje y los hábitos sociales, los principios de la razón práctica también serían anteriores á la experiencia de cada uno, puesto que cada uno se los encuentra hechos: á su alrededor todos los observan, y en su misma educación se le han impuesto. Mas la teoría de Spencer es la única que parece dar razón de la posibilidad de los juicios sintéticos *a priori* en el sentido rigoroso que tiene esta expresión de Kant, puesto que el *a priori* de él significa connatural y estructuralmente, desde el claustro materno y antes de ver la luz.

Unicamente de este modo también se puede afirmar la posibilidad de que los postulados del derecho natural sean absolutos en cuanto al tiempo venidero: es decir, que una vez fijados, ya no varíen; afirmación común á Kant y á Spencer. Pero nunca debe pensarse quizás, á pesar de tantas analogías, que

Kant creyera posible este origen experimental indirecto de los principios de la razón: puesto que su concepto de lo *a priori*, como puede verse en cualquier capítulo de la *Crítica de la razón pura*, no exige sólo un origen independiente de toda experiencia *individual*, sino de toda experiencia *posible*. El problema que él resuelve con la afirmación de las formas *a priori* es el de la posibilidad de un primer conocimiento experimental, es decir, anterior á toda experiencia *posible*, no importa si del individuo ó de la raza. Lo que sucede es que acaso, con la teoría de Spencer, el criticismo kantiano se rectifica en parte y en parte se completa.

Valiéndose de esta hipótesis moderna, se pueden construir en unidad las dos clases de principios *a priori* del derecho: los analíticos y los sintéticos que Kant admite; de tal modo, que, por idéntica razón, unos tendrían un propio contenido material y los otros no. Son para él principios de derecho natural de contenido, no solamente los del derecho privado de que se ha hecho aquí análisis, sino también aquellos que establecen cuál ha de ser la forma de la sociedad civil: los del derecho público; puesto que ellos, á la manera de la idea de la *república perfecta* de los griegos, exigen determinadas condiciones como necesarias en toda posible constitución política; tales son para Kant la forma republicana y la división de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Pues bien, se podría decir, en la solución naturalista que suponemos: los principios del derecho privado y el público, que son sintéticos, se han constituído ya en condiciones fundamentales de la vida natural humana, tienen una base fisiológica, y tales serán mientras el hombre exista; de tal modo se reconocería el carácter inmutable, absoluto, que corresponde á su naturaleza de principios racionales. En cambio, los del derecho internacional están aun sin base, no se han fijado; la naturaleza humana permanece indiferente todavía ante esta ó la otra forma que la sociedad internacional adopte, aunque en ella se revele vigoroso el impulso hacia una organización

racional que garantice la paz entre las naciones. Pero algún día, puede esperarse, los principios de la sociedad de los Estados se determinarán *a priori* concretamente, de igual modo que los de una constitución perfecta de la ciudad, y no sólo á manera de un ideal abstracto. Ya hoy mismo, decía Kant, juzgando por analogía, puede presumirse que no serán sino aquellos que hacen necesaria la forma republicana para una sociedad de repúblicas libres.

FRANCISCO L. RIVERA.

# GITANERÍAS

«Non podria ome contar de quantas maneras fazen los omes engaños los unos á los otros.»
(*Partidas*, lib. XII tít. XVI, Partida VII.)

En materia criminal, en la apreciación de las transgresiones de derecho en punto á calificar en qué forma y orden las violaciones de la ley escrita caen en la esfera de aplicación de los principios sancionadores y de corrección, ó meramente en el campo de la legislación civil, no hay nada indiferente, nada que no encierre y envuelva una excepcional importancia. No olvidemos que no es de ahora, sino bien añeja, la escolástica lucha entre los expositores sobre diferencia y límites, alcances recíprocos y definidos linderos del dolo criminal y del dolo civil; y, dentro del uno y del otro, medio de graduar su calidad y sus efectos; por lo tanto, comencemos por estimar natural, no extraño, que, á pesar de las precauciones tomadas de antemano por el legislador y las que los Tribunales, dentro de la sabia interpretación de su pensamiento, adoptan, hallémosnos hoy sin saber, en muchos y salientes casos, qué género de engaño es determinante de la existencia del delito ó de la falta; cuál, por el contrario, no merece hallar cabida en el derecho sancionador.

Las palabras con que cuidó el Rey Sabio de encabezar la enumeración de los delitos de este género, que nosotros hemos comenzado por recordar, harto elocuentemente demuestran que la dificultad no es de ahora, ni á los modernos cuerpos le-

gales imputables; tocóse ya entonces, mejor dicho, se dió muy anteriormente en la legislación romana originaria; asombrando, como siempre, con su grande y profundo sentido práctico sus jurisconsultos, que no aspiraron nunca á fijar de una manera concreta el concepto de la estafa, sino que se limitaron, proveyendo á una necesidad social, á declarar que todo acto realizado, en virtud del cual uno causare perjuicio á otro, sin revestir los caracteres ni el nombre de ningún delito público ni privado, pudiera ser, como *estelionato*, castigado con una pena extraordinaria.

Comencemos, para proceder con método, por fijar los elementos constitutivos, los caracteres cardinales que constituyen el delito de estafa que nos proponemos examinar, y consistiendo éste en el hecho de obtener un lucro con perjuicio de otro, empleando medios fraudulentos para abusar de su confianza, habremos de deducir que serán aquellos el *engaño* y el *perjuicio*, y de concluir, con igual seguridad y fijeza, que siempre que se den en la intención dolosa, generadora de toda acción punible, estos dos factores, será de penar el delito de estafa del modo y suerte que prescrito y penado está por la ley sancionadora.

Y el cuidado que se puso en su redacción para evitar que quedasen fuera de sus disposiciones generales y de sus preceptos concretos algunos hechos que, con arreglo á los principios básicos enunciados, constituyen verdaderas estafas, obsérvase y alcanza en la estructura del articulado en el literal contexto de la sección que no creyéndose suficiente la enumeración de las diversas clases de engaño que han de dar origen al delito, se ha añadido: «*Y otros engaños semejantes*»; y desconfiando aun los autores del Código de que todo ese acucioso esmero fuera insuficiente á formar idea acabada y completa de tal figura de delito, y de los conceptos jurídicos del engaño y del perjuicio, sobre el enumerar prolijo de varios casos concretos de defraudación mediante engaño (art. 548), aun se agrega y se erige en delito el acto de defraudar ó perjudicar á otro usando de *cual-*

*quier engaño que no se halle expresado en los artículos de la sección* (art. 554).

Con esta inacabable serie de precauciones, que el claro contexto de la ley pregona; con estas líneas de defensa; con las reglas generales; con las concretas; con los preceptos supletorios de ilimitado alcance, parece que debiera descansar el legislador respecto á la confianza de que en caso alguno, ó por lo menos en contadísimas ocasiones, podían ser desconocidos ó estimarse borrados, no ya los poco ostensibles linderos del dolo civil y del dolo criminal, que, después de todo, son lejanías casi desvanecidas en la inmensa extensión del horizonte, sino lo que debe mostrarse claro y evidente, como la tablilla medianera en campo inculto, del vedado; esto es, si el hecho es ó no punible, y, aun siéndolo, si lo es como delito ó como falta, pues por extraño que parezca, á esa altura nos encontramos hoy después de tres décadas de vigencia del Código sancionador, y de laboriosísima y sabia aplicación de su texto.

Pasemos á los hechos.

En nuestras más concurridas calles y plazas pululan á diario mujeres de atezado rostro y abigarrado vestir, que con resuelto tono se acercan á cuantas personas transitan ó se detienen, ofreciéndolas «echarles las cartas», «decirles la buena ventura» ó pronosticar, mediante virtudes de adivinación de que se creen asistidas, lo que el interesado anhele saber ó los medios de hacer fortuna, sin omitir entre ellos el de la lotería, cuyos números, llamados á ser premiados, conocen y saben de antemano.

Estas maquinaciones y tantas otras pónense en juego, se intentan y se realizan, la mayor parte de las veces, en las calles mismas, públicamente, y dicho se está que esta circunstancia priva á sus autores de toda esa libertad que han menester para entrar en relación directa, inmediata, íntima en esta ú otra forma; pero en cuanto hallan quien acepte sus indicaciones; cuando encuentran gozosas quien, dando muestra de la más ingenua y cándida buena fe, sigue con interés sus proposiciones,

el lugar de sus conferencias no es ya la encrucijada indiscreta, la calle concurrida ó la plazuela donde el avisado puede espantar á la incauta ó la explotada dar la voz de alarma; entonces, la gitana ó gitanas (pues de ellas son de las que tratamos), invitan á quien desea consultarlas concurran á su domicilio, y en él, rodeándose del misterio, acompañando la adivinadora sus palabras con gestos cabalísticos, signos y pavorosas ritualidades, echa las cartas y logra sugestionar por completo á la consultante.

El diabólico pacto queda desde ese momento formalizado entre ambas. Ésta facilita á aquélla cantidades en metálico, prendas de ropa, alhajas, cuanto posee; en cambio, aquélla, la gitana, asegura á su cliente un próspero porvenir; ofrece apartar de sus veleidades al amante; traer al amor ansiado, al que se mostraba esquivo; fija el número que ha de ser premiado en tal ó cual lotería, ó enséñala arte y medios de que ha de valerse para lograr pronto, como se merece por sus bellas prendas, casamiento feliz, fecundo y ventajoso.

Ahora bien: estos hechos así apuntados, ya que de su punibilidad, es decir, de que criminosos sean, no puede dudarse, ¿constituyen delito ó falta?

Abordemos el problema en el terreno de los principios, de la especulación técnica; después, en el de la práctica; este será el medio de resolverle con acierto.

Defraudación y engaño dijimos son los elementos constitutivos, las notas características del delito de estafa. ¿Se dan en estos casos? La afirmativa se impone. Tan evidentemente concurren, que sólo con atenernos al gramatical sentido de las palabras, se nos viene á la mente; hallámoslos existentes, compenetrados, vivos. El *Diccionario de la Lengua* nos dice que es *defraudar* privar de lo suyo á una persona mediante el engaño y la supercheria; y que *engaño* es la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree ó piensa. Como expresaba el Rey Sabio: «*En artamiento que facen algunos omes los unos á los otros por palabras mentirosas, ó encubiertas, ó coloradas, que dicen con in-*

*tención de los engañar é de los decebir»*. (Lib. I, tít. XVI, Partida VII.)

Nos hallamos, pues, sencillamente en el caso típico que, salvando en el orden de la codificación y del juicio los siglos que nos separan de este monumental Código á los actuales, el italiano llama *truffa, escroquerie* el francés, el alemán *betrug, bulra* el portugués.

Lo que será de observar es, si, solo ó acompañado con los demás, nuestro Código penal acusa en su redacción deficiencias que expliquen la incertidumbre reinante hoy en cuanto á la sanción que corresponde aplicar á los hechos expuestos. Evidentemente, extremó en su redacción la previsión y el cuidado.

En la sección y capítulo que pena el delito de estafa (2.ª, capítulo IV, tít. XIII), no puede ofrecerse más amplio ni más explícito.

Veámoslo:

«Art. 548. El que defraudare á otros usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia ó cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa ó negociaciones imaginarias ó valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes...»

Esbocemos, siquiera en lo más sustancial del texto, el comentario.

*Atribuirse el culpable*—dice—*poder, influencia ó cualidades que no tenía...*; *valerse de cualquier otro engaño semejante...*

Estas frases subrayadas del texto nos dan elocuentemente la clave del amplísimo criterio que inspiró al legislador, y de cuán difícil ha de ser so pena de cerrar los ojos á la evidencia, de eludir sus preceptos, y de no estimar comprendidos en ellos esos engaños variadísimos que con el fin de obtener la confianza de una persona y defraudarla, dan vida á uno de los tipos más caracterizados del delito, cuya naturaleza estamos procurando dar á conocer.

Rivalizando en generalidad con el nuestro, aunque quizás no con igual fortuna, se expresan de esta suerte otros Códigos extranjeros.

El de Francia (art. 405): «Cualquiera que... empleando maquinaciones fraudulentas para persuadir de la existencia... de un poder imaginario para hacer nacer la esperanza ó el temor de un buen éxito, de un accidente ó de cualquier otro acontecimiento quimérico», etc.

El del cantón de Valais (art. 306): «Quien atribuyéndose poder... haciendo nacer esperanzas ó empleando cualquiera otra maniobra fraudulenta para abusar de la credulidad de una persona, se haga entregar cualquier cosa, es culpable de estafa.»

Cantón de Berna (art. 231): «El que con objeto de perjudicar á otro, ó de proporcionarse á sí mismo ó á un tercero una ventaja ilícita... empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder imaginario ó para hacer nacer la esperanza ó la creencia de un acontecimiento ó de cualquier otro suceso quimérico, sea simulando hechos no averiguados, sea guardando silencio ó disimulando hechos verdaderos, se haga remitir ó entregar fondos..., será castigado como estafador...»

Colombia (art. 820): «El que con algún artificio, engaño, superchería, práctica, superstición ú otro embuste semejante hubiere estafado á otro dinero..., sin que el hecho verificado lo constituya en verdadero ladrón, falsario ó reo de otro delito especial, será castigado...», etc.

En análogos ó parecidos términos se expresan los Códigos de:

Suecia, cap. XXII, § 1.º.
Bélgica, art. 496.
Alemania, art. 263.
Tessino, art. 384, § 1.º.
Friburgo, art. 228.
Ginebra, art. 364.

Portugal, art. 451.

¿Puede caber á nadie duda (teniendo á la vista con el nuestro, vigente, el texto de los demás Códigos extranjeros), que sus disposiciones son aplicables, cual si para ellas hubieran sido dictadas, á las maquinaciones engañosas antes aludidas, que ponen en juego las jitanas para estafar á sus ignorantes y crédulos clientes?

Pues para completar este estudio, analicemos también el precepto ó preceptos del Código. Hay en él otra disposición que pena (art. 606) como falta á los que—*si el hecho no estuviese penado en el libro II*—por interés ó lucro interpretasen sueños, hicieren pronósticos ó adivinaciones, ó abusaren de la credulidad pública de otra manera semejante; y estos, reos son á la vez del delito definido en el núm. 1.° del art. 548, y de la falta que ahora se castiga. Pero, ¿cuándo lo serán del uno y cuándo de la otra? Esta es la cuestión y lo que constituye el limitado, el único objeto de nuestra investigación. No nos basta para decidir aquella regla que anticuado aunque prudente Real decreto nos daba (el de 22 de Septiembre de 1848, artículo 5.°), de considerar la extensión y efectos en cada caso, procediendo según los resultados: no; hemos de atenernos al espíritu y letra de la ley sancionadora y á la maldad, importancia, trascendencia del hecho criminoso perseguido.

Bajo el aspecto de falta, consideran y penan los hechos ya apuntados, algunos Códigos extranjeros, diciéndonos el de Francia, art. 479: Serán castigados con una multa de 11 á 15 francos..... 1.° Las personas que tienen por oficio adivinar, pronosticar ó explicar sueños.

El italiano (art. 459): El que en sitio público ó abierto al público trata con cualquier impostura de abusar de la credulidad popular, de manera que pueda recaer perjuicio á alguno ó turbar el orden público.

Dedúcese, por consiguiente, de la lectura atenta de los textos y en tesis general, que tratándose de los engaños y arterías de las gitanas para estafar; á su determinación, singulari-

dad é importancia hay que atender para calificar el hecho de delito ó de falta.

Trátase de maquinaciones puestas en juego en la plaza pública dirigidas al público en general, sin que una particular gestión las individualice ó determine, las acentúe y agrave, para acusar mayor importancia, pues el hecho no pasará, no debe pasar, de la categoría de una simple falta.

Esto es lo que se infiere racional y teóricamente juzgando como síntesis doctrinal del examen de la ley sancionadora en sí misma, y corroborada por la de otros países.

Juzguemos ahora (no en orden crítico, que no cabe para nosotros tal concepto ni palabra, dados los respetos profundímos que le debemos y que guardamos al Tribunal Supremo de casación), si ante los precedentes indicados, las concordancias dichas, lo explícito del Código vigente, tiene justificación posible el caos, la incertidumbre y la duda que ha llegado á sembrar en los Tribunales inferiores la siguiente jurisprudencia sobre el particular recaída.

1) *Estafa.—Falta.*—Isabel Osuna se comprometió á restituir á Carmen Zamora el cariño de su amante que le era infiel, y de acuerdo con Francisca González, hizo practicar á la Carmen ciertas ceremonias, y la exigió y recibió en diferentes ocasiones hasta 327 pesetas. Condenadas la Isabel y la Francisca, como autoras de estafa, interpusieron recurso de casación, citando como infringido el art. 548, núm 1.º, del Código, indebidamente aplicado al caso, y el 606 que era el aplicable.

El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia por las siguientes razones: «Considerando que por reprensible que sea el hecho ejecutado por los recurrentes de haber explotado á una sencillísima mujer, persuadiéndola de que por medio de ciertas ceremonias lograría que su amante volvería á serle fiel, tal hecho no constituye en modo alguno delito de estafa, puesto que el poder y la influencia que se atribuían no era para conseguir cosas posibles, sino sobrenaturales, y esa simpleza con la

que se abusó de la credulidad de aquélla con objeto de lucro, tiene su sanción penal expresa y determinadamente como falta, en el art. 606 del Código penal, cuya naturaleza jurídica no es dable cambiar sin infringirlo, cualquiera que sea la cantidad de que se lucraran y los antecedentes de las procesadas, puesto que en ese artículo no se establecen diferencias.» (Sentencia de 14 de Mayo de 1886, *Gaceta* de 17 de Agosto.)

DOCTRINA CONTRARIA

*Estafa.—Delito.*—Dolores Clá fué á casa de Antonia Palet para que la *echara las cartas*, lo que verificó ésta pronosticando á aquélla su próxima muerte y la de su hijo, y asegurando que podría evitar tales desgracias la *echadora* si la otra le entregaba algunas cantidades necesarias, y para comprar objetos indispensables á la celebración de ciertos sortilegios, cantidades que obtuvo la Antonia. Propuesta ante el Tribunal Supremo la cuestión de si ésta era culpable de la falta prevista en el art. 606 ó del delito de estafa que castiga el 548, número 1.º del Código penal, la resuelve en este sentido, porque «la procesada Antonia Palet al echar las cartas no se limitó á pronosticar la próxima muerte de Dolores Clá y de su hijo, percibiendo por tal pronóstico determinada cantidad en pago de sus revelaciones, sino que, suponiendo un poder, ó medios de evitar aquéllos grandes males, pidió á la Dolores y recibió de ésta las cantidades que refiere el primer resultando de la sentencia, hecho distinto, más grave que el que castiga el artículo 696, penado como estafa en el núm. 1.º del 548 del mismo Código». (Sentencia de 12 de Diciembre de 1893. *Gaceta* de 22 de Agosto de 1894.)

2). *Estafa.—Falta.*—Tres mujeres entregaron á otras dos, metálico, ropas y efectos por valor de 494 pesetas, por haberlas hecho creer éstas que una de ellas «tenía gracia», y que con sus operaciones y sortilegios conseguiría que fuera rica y feliz la que le diera dinero y efectos para practicar en su favor

aquellas operaciones». Condenadas las adivinadoras como responsables de la estafa que describe el art. 548, núm. 1.°, del Código penal, interpusieron recurso de casación alegando que solamente las era aplicable el 606. Así lo estima el Tribunal Supremo que *casa* y *anula* la sentencia: «Considerando.... que los referidos hechos no constituyen el delito de estafa, calificado y penado en la sentencia, porque si bien puestas de acuerdo las procesadas se propusieron lucrar, abusando de la credulidad de aquéllas; el poder, influencia y cualidades expuestas, no se referían á cosas realizables y posibles, y, según tiene ya declarado esta Sala, es menester que concurra dicha condición para que el engaño de la índole expresada pueda conceptuarse comprendido en el núm. 1.° del art. 548 del Código penal, y como no lo está taxativamente en ningún otro de la estafa, el único aplicable es el 606, que define clara y expresamente los hechos de la naturaleza del presente.» (Sentencia de 11 de Mayo de 1902. *Gaceta* de 2 de Octubre.)

*Estafa.—Delito.*—Resultando probado que la procesada, suponiendo ser adivinadora, por medio de la combinación de cartas ó naipes de una baraja, y de inteligencia con los espíritus para lo que empleaba artes maléficos, consiguió que Fernanda de Castro le entregara 250 pesetas, asegurándola que por tales procedimientos llegaría á hacer efectivas 1.500 pesetas que le era en deber D. Domingo Martín y que éste no ha llegado á satisfacer, por lo que la Castro le exigió á aquélla una garantía de lo que le había entregado; y como no se la entregara el 15 de Julio del año anterior, lo puso en conocimiento del Juzgado instructor, habiendo tenido lugar el hecho denunciado en el mes de Junio del mismo año:

Considerando que son punibles en concepto de estafa los hechos declarados probados en el primer resultando de la sentencia reclamada, pues la procesada y recurrente engañó á Fernanda Castro, asegurándola que sería reintegrada de las 1.500 pesetas que le debía D. Domingo Martín, sirviéndose ella de las cartas, si para este fin le entregaba 250 pesetas,

cantidad en la que la ha defraudado; en cuyo concepto, no ha incurrido la sentencia, al condenar á la procesada, en el error de derecho que el recurso le atribuye.

(Sentencia de 2 de Marzo de 1895, *Gaceta* de 4 de Agosto.)

3) *Estafa.—Falta.*—Considerando que el hecho de haber explotado á la perjudicada, persuadiéndola de que por medio de ciertas ceremonias lograría que su amante volviera á serle fiel, no constituye delito de estafa, toda vez que el poder y la influencia que se atribuyó no eran para conseguir cosas posibles, sino sobrenaturales, y ese abuso de la credulidad ajena con objeto de lucro, obteniendo el procesado 25 pesetas en tres distintas ocasiones, llevado á cabo por medio de semejantes supercherías, tiene su sanción especial y determinada como falta en el art. 606 del Código penal, cuya naturaleza jurídica no es dable cambiar sin infringirlo, cualquiera que sea la cantidad con que se haya lucrado el culpable, puesto que en ese artículo no se establecen diferencias.

(Sentencia de 1.° de Abril de 1896, *Gaceta* 14 de Octubre.)

(Otra análoga: 9 de Noviembre de 1899, *Gaceta* 12 de Septiembre de 1900.)

DOCTRINA CONTRARIA

*Estafa.—Delito.*—Resultando que habiendo conocido Don Esteban Arrizabalaga á la hoy procesada Juliana Laspidre, por haber acompañado en una ocasión á casa de ésta á una pariente suya á que la echase las cartas, la dijo la Juliana que tomando ella para Doña Eulalia un billete de la lotería, la caería un premio de consideración, con cuyo engaño y promesa de que había de caer un premio importante, le fué entregando la segunda á la primera, en distintas ocasiones, diferentes cantidades para jugar á la lotería durante un espacio de tiempo de año y medio, hasta llegar á fines de Diciembre del año último á la suma de 3.500 pesetas lo entregado, sin que lo supiese el marido de aquélla, ni la Juliana la exhibiese ningún décimo, ni acreditara que realmente invirtiera en la

lotería las cantidades recibidas, si bien le había prometido á la Doña Eulalia, que si no resultaban premiados los billetes, le devolvería las cantidades recibidas, lo que no efectuó, ni podía hacerlo por carecer de bienes; hechos probados:

Considerando que de los hechos declarados probados en la sentencia reclamada, se demuestra la intención y ánimo de la procesada de defraudar, como lo hizo, á Doña Eulalia Arrizabalaga, engañándola, sugestionándola con las cartas, hasta el punto de hacerle creer que tomando para ella un billete de la lotería, le caería un premio de consideración, y ofreciendo devolverle el dinero si no salía premiado, operaciones que repitió varias veces, hasta sacar por este medio la suma de 3.500 pesetas, sin devolverle cantidad alguna:

Considerando que la Sala sentenciadora, al calificar este hecho de estafa comprendido en el núm. 1.º del art. 548 del Código penal, no ha incurrido en infracción legal...»

(Sentencia de 14 de Octubre de 1896, *Gaceta* de 20 de Enero de 1897.)

Convengamos en ello: ni la letra explícita, por demás, de la ley, ni su espíritu, cual pocos amplísimo, autoriza ó explica contradicciones semejantes.

Ha resultado, por lo visto, estéril el prolijo esmero del legislador en no dejar delito de estafa impune, por ingeniosas, por variadas y sutiles que fueran la maneras de «*fazer engaño los omes los unos á los otros*». De nada han servido sus aforismos de que donde hay engaño y perjuicio, surge por regla general, y casi sin excepción, estafa; de nada que al especificar las formas de aquél, añadiese en un inciso, y como *redada de gracia* que los comprendiese á todos: «ó valiéndose de cualquiera otro engaño semejante, que no sea de los expresados en los casos siguientes» (art. 548, núm. 1.º); ni que, asegurando la redacción de su obra, más adelante y en definitiva, agregara: «el que defraudase ó perjudicase á otro usando de cualquier engaño que no se halla expresado en los artículos anteriores». Tenía que tropezar la ley sancionadora, en su previ-

sión al castigar la sutileza é ingeniosa habilidad del delincuente, con la sutileza también del talento humano para eludir sus preceptos. Y si éstos penaban y penan la estafa como delito y como falta, ya que no á la irresponsabilidad absoluta, de esperar era que las defensas en la mayor parte de los casos procuraran dar apariencia de mera infracción leve á lo que evidentemente encierra y reviste caracteres de delito, y es de penar como tal, siguiendo el texto mismo, que ordena que sólo alcanzarán aquella débil sanción *cuando el hecho no estuviese penado en el libro 2.º del Código.*

Hora es ya de volver á la buena doctrina y de romper abiertamente lanzas en pro de la justicia.

Esas mujerzuelas de moreno y agraciado rostro, de cadencioso y ondulante andar, que asedian con zalamerías á los transeuntes y embaucan á crédulas é ignorantes doncellas, llevándolas á lugares apartados, donde las sugestionan por todos los medios y artes, hasta desbalijarlas de sus ahorros, de sus alhajas y aun de sus ropas mismas, cometen notoriamente una grave estafa, prevista y expresamente penada por nuestro Código como delito, no en concepto de sencilla y disculpable falta. Precisa tenerlo muy en cuenta. La frecuencia con que hechos tan escandalosos se cometen, merece bien llamar á sí la mayor severidad en el juicio, ya que nunca con más razón que ahora, puede considerarse llegado el momento que «mostraron los sabios antiguos, porque los omes puedan tomar apercibimiento para guardarse, é los Juzgadores sean sabidores para conocerlos é escarmentarlos». (Lib. 7.º, tít. 16, Partida 7.ª.)

José García Romero de Tejada,
Magistrado de la Audiencia de Madrid.

# APUNTES JURÍDICO-MERCANTILES

## Cuestiones que origina el contrato de transporte.

### I

#### DEL DERECHO DE RECONOCIMIENTO

En el mecanismo de la legislación mercantil se ofrece el contrato de transporte, como la sanción jurídica, de relaciones que afectan á la esencia de los fines del comercio.

La producción de la riqueza conseguida en la aproximación ficticia del centro manufacturero ó fabril al mercado de consumo, utilizando como elementos precisos de su existencia los de la información de las necesidades sociales de cada pueblo y la rapidez en el arrastre de las mercaderías que son objeto del cambio, constituye el destino que al comercio incumbe en el orden de las instituciones humanas.

Todo aquello que tienda á purificar de viciosos y funestos privilegios el ambiente social; cuanto se encamine á facilitar la cristalización en la esfera del derecho positivo de la voluntad particular, traducida en el convenio de las condiciones del transporte de los productos bajo principios de equidad que garanticen los intereses generales del comercio, sin menoscabo de los personales que el contrato pone en juego, debe considerarse de capital importancia en el desarrollo de los medios económicos de la prosperidad nacional.

La experiencia de la vida nos enseña como sensible verdad, con una frecuencia que acreditan los perniciosos efectos

de la protección oficial concedida á las Compañías ferroviarias, la entronización de inveterados abusos, que arraigan á la sombra de prerrogativas de que disfrutan en nuestro país las grandes Empresas, y en especial las dedicadas al transporte de mercancías por caminos de hierro.

Y aun cuando en el campo de la actividad privada parecen hallar amparo en las prescripciones de la ley los derechos del cargador y el consignatario, instituídos por su disposición en el goce de la facultad de ejercitar las acciones que les asisten para exigir la sanción de la maliciosa ó negligente morosidad del porteador en la responsabilidad civil del perjuicio, la práctica judicial revela, sin embargo, dificultades que nacidas de defectos de expresión, de lamentables omisiones ó del error del intérprete, en la investigación del sentido que al precepto informa, producen en múltiples ocasiones, fallos contrarios á los justos requerimientos del litigante, burlado por los desmanes de las poderosas entidades, que monopolizan con la explotación de los más pingües negocios, el favor oficial.

Entre las variadas y numerosas cuestiones de derecho que surgen del contrato que estudiamos, se destacan como dignas de notarse, las relativas á la exactitud de la declaración del contenido de la expedición que el remitente efectúa.

Conocido el valor jurídico, que como título legal del celebrado pacto, se concede por nuestro derecho positivo histórico, con expresión en el Código mercantil del año 1829 y en los arts. 350, 351 y 353 del vigente, á la carta de porte (declaración de expedición), no hemos de detenernos á examinar los elementos que constituyen la estructura del referido documento, ni la necesidad de la consignación en su texto de las condiciones convenidas, porque la realidad no nos ofrece en esta materia observación alguna á que atender.

Pero no sucede igual, en lo que se relaciona con el análisis de las consecuencias, de la renuncia del derecho de reconocimiento de la mercancía, que en el caso de sospechas de false-

dad de lo declarado, se concede al porteador por el art. 857 del Código de Comercio; porque aun cuando parece apoyarse en principios de irrebatible lógica, el argumento de que la simple aceptación de la mercadería, de que para su transporte se constituye en depositaria la persona física ó moral encargada de efectuarlo (sin la oposición de la tacha, que significa el uso de la facultad á que aludimos), implica el asentimiento á la certeza del testimonio del cargador, en punto á la expresión de la naturaleza del género sobre que versa, como á su objeto, el contrato. La práctica, mostrándonos divorciada del criterio legal la opinión del juzgador, evidencia la necesidad del estudio de una cuestión, que afecta caracteres de importancia por la irreparabilidad de la lesión sufrida, cuando se trata de la sentencia definitiva del juicio, en que se ventilan derechos de la calidad del referido.

Como indudable prueba de la disparidad de criterios que anteriormente indicamos, se hace de notar, entre los antecedentes á que nuestras noticias llegan en la materia, la sentencia de una Audiencia territorial andaluza, que, en apelación de la de su inferior, estableció como fundamento de la revocación del fallo de primera instancia, la doctrina de la procedencia de la absolución del demandado, por la circunstancia de no justificarse la preexistencia de los objetos, que integrando el contenido de una expedición por vía férrea (que fué admitida sin reserva ni protesta alguna, y reconocida en la plenitud de su fuerza la aserción del cargador), determinó, con la sustracción parcial del genero facturado, la necesidad de la reclamación judicial de su valor.

Muy poco significaría en el orden material la tergiversación del precepto de la ley, si cupiere en todas ocasiones al litigante cuyos derechos lesiona, la esperanza de obtener la reparación del inferido agravio, en la amplitud é independencia del juicio en que, con espíritu progresivo, que hace honor á la cultura de sus Magistrados, inspira el Tribunal Supremo, las sanas doctrinas que deduce de una inteligente versión del sen-

tido que al derecho informa, huyendo en su misión de intérpretes, de convencionalismos arcaicos y de peligrosas sugestiones, que apasionan el ánimo del juzgador. Pero como dentro del criterio restrictivo que adopta la ley de Procedimientos civiles en el art. 1694, excluyendo de la aplicación del recurso de casación por infracción legal, los negocios que su texto expresa, se halla limitado en los «juicios de menor cuantía» (artículo 1694, núm. 1.º), el fundamento del recurso que citamos al «quebrantamiento de alguna de las formas» del ritualismo procesal, que el artículo que le antecede determina, aparece acotado el círculo de las facultades de la persona perjudicada, en términos que hacen preciso un estudio detenido del derecho susceptible de adecuar á la realidad del supuesto que se litiga, á fin de evitar con insubsanables errores, mantenidos en la sentencia definitiva del pleito que nos ocupa (que es el que con mayor frecuencia se tramita, por la entidad del valor ordinario de las reclamaciones producidas por extravío de equipaje ó sustracción de otros efectos, que el tráfico moderno y la facilidad de comunicación convierten en usual objeto de transporte), la prosperidad de principios que en mengua de intereses respetables vulgarizan convicciones que conviene desterrar.

Si prescindiendo de consideraciones de utilidad social que patenticen los grandes inconvenientes á que conduce la falta de meditado examen de problemas de derecho, que complica la necesidad de borrar maliciosas suspicacias, profundizamos en el estudio del precepto del art. 357 del Código mercantil, para investigar de su materia la extensión de la facultad en que instituye al porteador, y las consecuencias que en la armonía de su texto con el del párrafo 2.º del art. 4.º del Código civil se desprende de su inejercicio, concluiremos por afirmar, como fruto del efectuado análisis, que no afectando al «orden público ni al interés de un tercero», la renuncia del derecho mencionado, cuando, con validez perfecta, deja de usarse, los efectos lesivos de la libérrima decisión de la persona en cuyo

beneficio se establece, no pueden ser imputables, sin violación flagrante de las supremas normas de Justicia, á la voluntad del cargador, que nada opuso en su conducta á la práctica de la justificación que la ley autoriza, puesto que á tanto equivaldría la nulidad del valor oficial que á la carta de porte se concede, si en menoscabo de su virtud probatoria se hiciera precisa la nueva demostración de lo que por sancionado se tuvo en la suscripción del documento, que como título escrito del contrato, expresa en sus términos el convenio acerca del peso y calidad de las mercancías cuyo transporte se pacta.

Aparte de las reflexiones apuntadas, se ocurre, como argumento de lógica racional (que reviste de autoridad su apoyo en el axioma metafísico de la imposibilidad simultánea en una cosa, de la existencia y su opuesto), el de que si la afirmación de un principio envuelve la negación de su contrario, la renuncia del derecho definido por el art. 357 para el caso de que «fundadas sospechas» (que cimentan en el campo de la moral privada indicios de difícil prueba en ocasiones) robustezcan la duda que origina el testimonio del cargador, al contrastarse en la realidad de las muestras de su falsía por los hechos que la revelan, induce la persuasión del reconocimiento de su certeza.

De lo expuesto podemos deducir, que la necesidad de la justificación de preexistencia de los objetos cuyo se valor se litiga, no tan sólo es injusta y á todas luces condenada por las prescripciones de la ley, rectamente interpretada en el espíritu que la preside, sino que coloca al litigante, á quien aquélla se exige, en situación de odioso desnivel de inferioridad procesal respecto á su contendiente; porque si desentendiéndonos de las clamorosas protestas en que bajo acusaciones poco exactas de supuestos abusos pretenden encubrir su responsabilidad las Empresas de transporte, se establece la doctrina expresada, con el carácter de peligrosa permanencia que acusa su frecuente inspiración en la práctica del Tribunal de un territorio, límite máximo de la actividad jurídica de la parte, en

la esfera judicial á que se alcanza en el juicio de menor cuantía, resultará de imposible ejecución cuando tenga que recurrirse á la nebulosa del recuerdo en la enumeración de los efectos sobre que haya de versar la prueba, en el caso de que el extravío de aquéllos en poder del porteador originase el suscitado litigio.

## II

### DE LA RESERVA Y SU ALCANCE

Mas no es de la que nos ocupamos la única ni la más interesante de las cuestiones que motiva el contrato de transporte, porque si la facultad de comprobar en el reconocimiento de la mercadería facturada la certeza de la declaración del cargador, ocasiona incidencias que dan lugar á pleitos cuando se discute la responsabilidad de las Empresas, no es menos susceptible de producir dificultades la determinación de la naturaleza y efectos de la reserva, instituída por el art. 356 del Código de Comercio, como medio de establecer la debida compensación, en las condiciones que obligan legalmente á los contrayentes.

Según el art. 356 del referido Código, «los porteadores podrán rechazar los bultos que se presenten mal acondicionados para el transporte; y si hubiere de hacerse por camino de hierro, insistiendo en el envío, la Empresa los porteará, quedando exenta de toda responsabilidad si hiciese constar en la carta de porte su oposición».

De la lectura del precepto cuya exposición precede, fluye en rasgos generales su sentido, á través de la expresión gramatical de sus palabras, en términos de claridad que lo revelan fácilmente, porque conocida la responsabilidad que á las Empresas de transporte corresponde por la alteración ó perdida de una mercancía, no sería equitativo el legislador limitándoles el empleo de medios lícitos de defensa, y bajo este concepto, la previsión de perjudiciales contingencias que salva el

porteador con la «reserva», reconoce por origen un motivo de indiscutible justicia.

Dos principios establece la doctrina definida en el texto del citado artículo: uno de carácter general, que detallado con mayor amplitud en el párrafo 1.° del art. 123 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles, prescribe la necesidad de atender á las condiciones exteriores de preservación de las mercancías; y otro, en que con aplicación limitada á las Empresas de transporte por vía férrea, determina los requisitos que hacen posible la existencia legal de la reserva.

Según el primero, toda mercancía cuya envoltura no se presente en las debidas condiciones de seguridad y solidez para reservar su contenido de riesgos, que aumenta la mayor facilidad que ofrece á su ocurrencia la exposición directa del género de que se trate, puede ser rechazada por el porteador, rehusando la aceptación de una responsabilidad, racionalmente inadecuada en los términos de la previsión normal.

Con arreglo al segundo supuesto, admitido el ejercicio del derecho de repulsión, que analizamos en el párrafo anterior; cuando para el transporte de las mercancías se pretende utilizar caminos de hierro, y sin adoptar las precauciones que la Empresa exige, se insiste en el envío, nace la necesidad de establecer una prueba escrita que garantice los intereses del porteador en el caso de posibles reclamaciones.

Limitando nuestro estudio al del segundo aspecto, de los dos que describimos; se nos ofrece en la investigación de los requisitos legales de la reserva, una doble cuestión, que afecta al fondo, en cuanto precisa para existir con validez jurídica del desacuerdo previo de los contrayentes, se robustece en la expresión de una voluntad reiterada y alcanza en el orden práctico de los hechos la efectividad de una sanción que el derecho positivo garantiza; y se refiere á la forma, en cuanto requiere como circunstancia esencial, la de consignarse en la carta de porte ó título del contrato, mediante la determinación de los elementos que la constituyen, autorizados bajo la firma del

en su desarrollo el contrato de transporte, las relaciones de conexión ó analogía que con otros guarda, y prescindiendo de la semejanza que con el de «arrendamiento de trabajo» advierte el Sr. Viso en su obra *Lecciones elementales de Derecho mercantil de España*, nos fijamos en las afinidades que con el de «depósito» muestra; comprobaremos que en uno como en otro, la entrega de la «cosa mueble» que constituye su objeto, origina la necesidad jurídica de su custodia; que ambos implican la obligación de mantener la forma y sustancia de la cosa; y aun cuando, atendiendo al estudio de sus respectivas naturalezas, se diferencian sustancialmente en que la finalidad exclusiva del «depósito», es la conservación del objeto en el precio y durante el tiempo estipulados, al paso que constituye el fin esencial del «transporte» la traslación de un lugar á otro de la cosa sobre que el convenio versa, no hay duda de que el segundo supone en su estructura jurídica, la existencia del primer contrato, puesto que para que el de «transporte» alcance en la realidad de los hechos su práctica consumación, precisa la tradición de la mercancía que ha de ser porteada, y á partir del instante en que perfeccionado el pacto, se hace cargo de su «custodia» el particular ó Empresa llamado á colocarla en localidad distinta, de aquella en que la recibe, comienza la responsabilidad del porteador, traducida, entre otras, en la necesidad de velar porque subsista inalterable en las condiciones bajo las que su entrega se efectúa.

Pues bien, si la «reserva» produjera la exoneración absoluta de responsabilidad en todos los casos; si por su medio se lograra para el porteador la exención de la necesidad de responder del valor de la mercancía cuyo contenido se sustrajo en el transcurso del período de tiempo invertido en su transporte, resultaría desnaturalizado en lo que tiene de esencialmente propio y característico el contrato que nos ocupa; y es evidente, supuesto lo que antecede, que acusaría manifiesta lesión al buen sentido el criterio legal, porque no puede desconocerse, por quien analice con la detención debida el pro-

blema planteado, que constituída en poder del porteador la mercancía, y aceptada su custodia, aun cuando sea en la forma condicional que la «reserva» significa, á ley de depósito (necesario en numerosos y frecuentes casos por la carencia de otros medios de arrastre), por lo menos, es primordial la obligación de restituirla á quien se ostente con legítimos derechos para ello: negar la efectividad de este deber, parece significar la proclamación, como doctrina legal, del principio de la más absoluta impunidad para las Compañías que tienen por misión la que indicamos.

Reconocida la justicia con que se permite á las Empresas porteadoras la facultad de regular las condiciones de solidez á que deban ajustarse las envolturas, cubiertas ó envases que contengan las mercancías cuyo transporte se solicita, estímase lógicamente consecuencia natural del ejercicio de este derecho, el de rechazar la admisión de la que no se ofrezca debidamente, negándose en términos absolutos á la celebración de un contrato moralmente imposible, en la ausencia del preciso acuerdo, en los llamados á convenirlo; pero no se concibe ese criterio de transacción, ese espíritu de concordia en que se inspira el legislador, porque no entendemos jurídicamente compatible con la disparidad de voluntades de los que concertan un pacto, la existencia posible de «contrato», y allí donde, como en el supuesto del art. 356 del Código de Comercio, se acredita la «resistencia» del porteador, no nos explicamos que baste la «insistencia» del remitente, es decir, la «voluntad expresa» de una parte, para obligar en ningún sentido á la renuente, teniendo por «perfeccionado» como «contrato» lo que no es ni puede reputarse en tal concepto.

No es éste el único defecto, de los que se señalan como dignos de atención, en la lectura del texto del art. 356 del Código mercantil; porque si bajo el punto de vista en que estudiamos el caso que nos ocupa, se ofrecen «cargador» y «porteador» como dos personas físicas ó morales, pero al fin y al cabo despojadas de toda autoridad, en cuanto concurren á la ejecución

de un acto de la vida civil, resulta un contrasentido y una verdadera arbitrariedad en el privilegio que envuelve la «reserva» en beneficio del «porteador». En efecto, según el artículo 356 á que nos referimos, al «porteador» incumbe la determinación de las «malas condiciones del bulto presentado»; al mismo «porteador» compete, con exclusión de poder alguno, y sin otra norma que la que su arbitrio impone, la apreciación de la equidad de su acuerdo de oposición al transporte; y sólo como temerosa fulguración de la fuerza coercitiva del Derecho, en el espíritu de condescendencia hacia el «porteador» que lo inspira, aparece la obligación que lo somete en el citado precepto á la necesidad de portear la mercancía, aunque librándose, al hacerlo constar en la «carta de porte», de posteriores consecuencias que cedan en su perjuicio.

No hemos de negar que las Compañías ferroviarias, á quienes más concretamente se refiere la segunda parte del referido art. 356, realizan un servicio público, afectan á intereses generales, y bajo este concepto, es lícita la concesión de beneficios que tiendan á garantizar el cumplimiento de sus fines, rodeándolas de los necesarios prestigios; pero es indudable asimismo, que el Código de Comercio las considera bajo el aspecto de personas morales, sometidas como las demás sociedades á sus preceptos, en cuanto regulan éstos los actos del tráfico mercantil á que aquéllas se dedican; y juzgadas en esta forma, no hay razón alguna que justifique su condición de privilegio, respecto á los particulares ó colectividades con quienes se obligan, puesto que á tanto equivaldría establecer un odioso desnivel, tan injusto como inadmisible, donde impera, como principio consagrado por la tradición científica, el de que la voluntad es la ley primordial en materia de contratación.

Atendiendo á los términos en que se redacta la disposición del art. 356, tantas veces citado, ¿puede estimarse subsistente el contrato de «transporte» cuando se opuso la «reserva» por el porteador? Con arreglo á las consideraciones que expusimos

brevemente en párrafos anteriores, apoyados en los preceptos que en los arts. 50 del Código de Comercio y los de los capítulos 1.º y 2.º, tít. 2.º, libro 4.º del civil, determinan los elementos que integran el concepto legal del «contrato», su respuesta es negativa, porque no existe el «consentimiento», no hay la coincidencia de voluntades sobre objeto cierto, ni el ánimo de obligarse que da vida á la relación jurídica; puesto que siendo el objeto del de «transporte» la traslación de una mercancía de un punto á otro, al rechazarse la presentada con dicho fin, se elude la «prestación del consentimiento»; pero en pugna con el criterio expresado, la segunda parte de dicho artículo supone la celebración del mismo, porque como el «transporte» no se verifica, sino mediante la estipulación de ciertas condiciones respecto á precio y otros extremos, pese á cuantas «salvedades» se consignen en la «carta de porte» que las indica, hay que reconocer como «presunto» el «consentimiento» que dejó de expresarse por la Empresa que opuso resistencia.

Supuesto, pues, el contrato en el caso de la reserva, ocurre preguntar si las frases «quedando exenta de toda responsabilidad si hiciere constar en la carta de porte su oposición», aplicadas á las Empresas, deben entenderse en el sentido absoluto de su significación, ó en el relativo y condicional que les asignamos, y hay que convenir en que de proclamarse por la afirmativa en el primero de los dos extremos que la cuestión propuesta comprende, se incurre en el error de contradecir su mismo texto, porque si la Compañía porteadora queda obligada, aun vigente la «reserva», á transportar la mercancía que rechazó, se halla sometida á una «responsabilidad», la de que el transporte convenido se efectúe; y como en el caso de extravío no podría cumplirse ese objeto, es obvia la razón que amplía á este supuesto, la «responsabilidad» mencionada. Y he aquí cómo se hace necesario prescindir de la interpretación literal, en punto á la generalidad del concepto que implican las frases comentadas, para buscar en la relación de concor-

dancia de ese precepto con el de los demás, que en el Código prescriben las reglas á que se ajusta el contrato de transporte, una versión racional de su sentido, que nos evite incurrir en el absurdo.

Después de las reflexiones que anteceden, ocurre preguntar: ¿á qué términos se reduce la irresponsabilidad del porteador en el caso de la reserva? En nuestro sentir, despojados de toda pretensión que nos suponga el deseo de recabar los timbres de una autoridad de que carecemos, la «reserva» exime de responsabilidad, cuando por consecuencia de la mayor exposición á riesgos que arrostra voluntariamente el cargador, prescindiendo de elementales medidas que los prevengan, según las disposiciones de la Compañía porteadora, sobrevienen accidentes que inutilicen total ó parcialmente la mercancía ó le produzcan averías de cualquier género, siempre que reconozcan como causa ocasional, las deficiencias de que nació la «reserva».

Consignábamos en la segunda parte de este trabajo, después de transcribir el precepto del art. 356 del Código de Comercio, dos extremos que el desarrollo de su comentario pudiera mostrar en contradicción con lo expuestó posteriormente; toda vez que sostuvimos la fácil traducción, como sentido gramatical de los términos en que se expresa la mencionada disposición, del propósito de otorgar al porteador, medios lícitos de defensa que le garanticen de contingencias y eventualidades que previó en su oposición al transporte; y explica la aparente antinomia, el hecho de que, reconociendo la justicia de la concesión de ese derecho, nos hemos concretado únicamente á señalar su alcance con arreglo á nuestro criterio.

IGNACIO FALGUERAS Y OZAETA.

Málaga y Abril 12-1904.

# SOBRE MEJORAS A LOS NIETOS EN VIDA DE SU PADRE

## I

### IMPORTANCIA Y POSICIÓN DEL ASUNTO

El Tribunal Supremo ha resuelto recientemente la debatida cuestión, planteada desde la vigencia del Código civil, acerca de la posibilidad de ser mejorados los nietos del testador en vida del padre de ellos. Al dar cuenta de este importante fallo, una acreditada revista—*El Foro Español*—, afirma—reflejando el criterio reinante de atribuir cierta especie de infalibilidad á la jurisprudencia, no obstante haber sido omitida por el Código, en su calidad de fuente de Derecho—, que «de ahora en adelante *es incuestionable* que el abuelo puede mejorar al nieto, aun viviendo el padre».

No lo entendemos así, sino que, por el contrario, —salvando de una vez para siempre todos los respetos debidos á nuestra más elevada institución judicial—, pensamos que esa sentencia llega en el momento más oportuno de *plantear de nuevo una cuestión* algo olvidada y no suficientemente debatida por nuestros jurisconsultos. No se pierda de vista que la práctica profesional y los Tribunales llamados á juzgar sobre puntos dudosos de interpretación, en que no existe precepto positivo concreta y exactamente aplicable al caso controvertido, no pueden hoy considerar la jurisprudencia emanada del Supremo sino como un valioso elemento de fijación y depuración de *los principios generales del Derecho*, que constituyen el verdadero manantial de reglas obligatorias, á falta de ley y de costum-

bres, según el Código; y que siendo así, ó, lo que es igual, no hallándose recibida hoy la jurisprudencia, *en sí misma*, como fuente directa, ni aun secundaria, de preceptos positivos, no le queda otro valor que el de sus fundamentos científicos, en cuanto por ellos se puede apreciar el acierto con que sus fallos vienen á traducir aquellos *principios*, para darles el relieve, la concreción, la plasticidad necesaria, á fin de que por ellos se rijan las relaciones de la vida.

Aumenta hoy la trascendencia de este debate el hecho de que su asunto es objeto de una pregunta ó cuestión de las incluídas en el programa *único* de oposiciones á Notarías, publicado recientemente, por lo que, —dados los procedimientos al uso en la preparación para este género de ejercicios de puro *psitacismo*—, ya sabemos cuál ha de ser el criterio doctrinal imperante en la práctica, cuando los testadores intenten perjudicar á sus hijos en beneficio de otros descendientes, pues entre los funcionarios designados por aquel sistema (que empieza por evitarles el trabajo de pensar, exigiéndoles tan sólo, como prueba para el ingreso, *un recitado* del pensamiento ajeno), sería ocioso buscar independencia de criterio ni otras aptitudes necesarias para poder elevarse por sí mismos al sentido de las leyes; motivos por los cuales es un espectáculo tan desastroso como frecuente el ver á casi todos ellos descansar satisfechos en la solución de cualquier dificultad técnica, cuando tienen una sentencia ó una resolución, nacidas de un caso *idéntico*, en que apoyarse; y, por el contrario, vacilar como nave desamparada cuando les falta ese suspirado apoyo.

Sin vacilar mantuve la opinión contraria á la que prevalece en la mencionada sentencia de 19 de Diciembre de 1903, cuando hace poco, y no habiendo sido ella pronunciada todavía, fuí consultado acerca del asunto. No tenía yo por entonces conocimiento del recurso á que puso término; pero no tardó en llegar á mí la noticia de su existencia, porque los mismos interesados en el caso que motivó mi dictamen, le sometieron después al de uno de los más elevados prestigios del

Foro y de la cátedra (1), quien opinó favorablemente á la facultad de mejorar á los nietos en concurrencia con sus padres; y no podía menos de suceder así, siendo, como era él mismo, el encargado de sostener esta tesis ante el Supremo. Confieso que desde aquel momento esperé con verdadera ansiedad el fallo, y, después de conocido, me propuse insistir sobre el asunto, por considerarle de verdadera trascendencia en estos momentos en que las circunstancias antes indicadas vienen en cierto modo á darle el carácter de palpitante (2).

*
* *

(1). Sr. Sánchez Román, de cuya obra magistral *Estudios de Derecho civil*, no se ha publicado aún el tomo referente á las «Sucesiones», por lo cual no nos es posible apreciar las bases fundamentales de su criterio en punto al problema de que se trata.

(2) Considero necesario examinar el asunto desde todos sus posibles puntos de vista, por lo cual es inevitable el tono de polémica que se habrá de notar en algunos pasajes del presente artículo, no obstante el carácter y sentido impersonal que, con excelente acuerdo, llevan todas las investigaciones que publica la REVISTA. El lector observará, no obstante, mi deseo y afán de salvar toda clase de respetos, justísimamente debidos á los autores cuya doctrina combato, y muy especialmente á los elevadísimos y prestigiosos Tribunal Supremo y Dirección general de Registros; consideraciones, por otra parte, hijas de la sinceridad de quien, como el autor de este trabajo, considera como sus maestros y debe gratitud inmensa por sus enseñanzas á jurisconsultos tan eminentes. Mas el autor entiende que son compatibles todos estos respetos y devociones con la exposición sincera de su propio criterio en los asuntos en que se ve obligado á disentir del sustentado por los maestros. La libertad es el más sagrado de los fueros de la investigación, y sin ella es imposible todo progreso científico. En cuanto al problema que se estudia en este trabajo, creo más aun: creo que sería conveniente suscitar una animada, aunque mutuamente respetuosa, polémica entre los jurisconsultos; porque es de gran interés el esclarecimiento de la verdad y la fijación de una doctrina bien fundamentada, que haya de proclamarse en la revisión del Código, para evitar en lo sucesivo esta clase de dudas. Yo, como Notario, no consignaré en un testamento, mientras opine sinceramente como hoy opino, la mejora de un nieto en vida de sus padres; y por este solo hecho se comprenderá lo que importa que se me demuestre que estoy equivocado, si lo estoy en realidad. Por eso no he considerado de todo punto inoportuno poner esta cuestión á la orden del día, á fin de que se depure y venga á fijarse la doctrina que habrá de prevalecer. Aun así, no se pierda de vista que no es el problema constituyente, ni,

Nótese, ante todo, que debe descartarse aquí el aspecto puramente racional ó constituyente del asunto. Juzgando por nuestra mayor ó menor devoción hacia el principio de la libertad de testar, ó hacia la restricción, que representan las legítimas, solucionaríamos el problema fuera de los términos en que está planteado. El Código civil obedece en este punto á un criterio definido: el Código civil organiza y sanciona la institución de las legítimas, atenuada en su rigorismo con la netamente española de las mejoras. En el sistema total del mismo Código es preciso buscar los elementos de interpretación de sus pasajes oscuros ó de las omisiones en que por su precipitada redacción se haya incurrido. Se indaga cuál es el sentido de los preceptos del Código para aplicarlos en la práctica; no el ideal con que, desde las alturas de la filosofía del Derecho, responderíamos á la pregunta de si en el sistema sucesorio debiera admitirse ó no esa extensión del imperio de la voluntad en sus manifestaciones *mortis causa*.

## II

### Precedentes legales y doctrinales.—Opiniones de los autores.

Conviene recordar, en brevísima reseña, los precedentes del asunto en la legislación anterior al Código civil, así como su estado doctrinal, antes de ser sometido al Tribunal Supremo.

Es sabido que, introducida la institución de las mejoras por la ley 1.ª, tít. 5.º, libro 4.º del *Fuero Juzgo* y confirmada por la 10, tít. 5.º, libro 3.º del *Fuero Real*, estas leyes, que representan la verdadera tradición española, concretaron, por disposición expresa de la última, el beneficio de las mejoras á

por lo mismo, la doctrina que debe prevalecer en la reforma del Código lo que aquí se discute, sino el que se origina de la interpretación del mismo Codigo *en su estado y redacción actual*. Es de gran interés para el autor de este escrito que se tenga presente esta última observación, al juzgar las doctrinas y reflexiones que se exponen en el texto.

los nietos y biznietos *que hayan de heredar*; palabras que fueron universalmente interpretadas en el sentido de que sólo pudieran ser favorecidos aquellos descendientes que tuviesen el carácter de *herederos forzosos* del testador, ya directamente, como los hijos, ya por derecho de representación, como los que se hallan en ulterior grado, á falta de aquéllos.

Nótese, de paso, que en estas dos leyes, lo mismo que en el Código civil, como después observaremos, marchan *sustancialmente adheridas* ambas instituciones, legítima y mejora, hasta el punto de que esta última no se define jamás sino como una *parte integrante* de la primera, detraída de ella para fines ó destinos, que, de ningún modo, pueden hallarse en contradicción con la naturaleza del *todo*.

No es, por tanto, que estas leyes *hayan omitido* expresar si los nietos, para poder ser mejorados, habían de ser herederos forzosos, como opina el Sr. Martínez Alcubilla siguiendo á Pacheco y otros, según los cuales, la ley 18 de Toro no hizo sino *aclarar* lo dispuesto por la del *Fuero Real* «que había suscitado algunas dudas en el ánimo de los jurisconsultos sobrado escrupulosos y sutiles». No; aunque para mi argumentación ofrezca poca utilidad el esclarecimiento de esta cuestión histórica, como luego se verá—porque aunque fuere irrebatible la opinión de los mencionados escritores, en este punto, no sería ello motivo suficiente para abandonar una tésis que se apoya en más fundamentales razones—; conviene, no obstante, dejar sentado aquí cuál es el verdadero sentido de las tradiciones patrias en esta cuestión, ya que, á falta de más sólidos argumentos, suelen invocarse como razón suprema, con evidente olvido del alcance derogatorio de la disposición final del Código civil.

En tanto que los mencionados escritores no logren, por consiguiente, borrar del texto de la citada ley del Fuero Real las palabras «*que hayan de heredar*,» con que caracterizan á todos los descendientes llamados al beneficio de legítimas y mejoras—perfectamente asimilados en ambos extremos dentro de

un solo párrafo ó cláusula de la ley—, inútilmente se esforzarán en querer demostrar que la de Toro ha venido solamente á aclarar un punto oscuro, erróneamente interpretado antes por la mala fe y los escrúpulos de los jurisconsultos. Aquellas palabras revelan claramente el espíritu y el alcance del precepto. Según su terminante disposición, los nietos no pueden ser mejorados en concurrencia con sus padres, porque no son herederos forzosos, porque no son descendientes de aquellos *que hayan de heredar.*

La ley de Toro, por consiguiente, no aclaró, sino que alteró, modificó en sentido opuesto, derogándola en este aspecto, á la del *Fuero Real.*

Si esto no resulta inconcuso todavía, comparemos, para comprobarlo más y más, la redaccion que los legisladores de Toro emplearon en las leyes en que se proponían aclarar ó fijar el sentido de otras—como sucede en la 28, que también hace referencia á las mejoras—, con la muy diversa que usan en leyes como la 18 y la 27, en las que su propósito fué más allá, en las que quisieron reformar el derecho constituído y derogar los preceptos en que se contenía. En las del primer grupo, como la indicada 28, citan expresamente las leyes del *Fuero* cuyo sentido se proponían aclarar, y aplican á las mismas la interpretación auténtica, empleando las palabras «*se entienda* y *platique*» ú otras semejantes. En las del segundo, como las citadas 18 y 27, se usa otro lenguaje bien distinto: con la palabra *mandamos* se encabeza esta última; y respecto de la 18, que es la que más principalmente nos interesa, obsérvese que en ella no hay palabra alguna que signifique intención de aclarar ó resolver dudas suscitadas con motivo de las disposiciones del *Fuero Real*, sino que sencillamente se establece, lo mismo en el epígrafe que en el texto, la facultad que *por primera vez* se concede al abuelo de mejorar al nieto en vida de sus padres. Y si en esta ley se cita la del *Fuero*, no es para decir que se aclaran sus dudas, como se diría en el caso de ser esta la intención de los legisladores, sino más bien para marcar la dife-

rencia ó contraste entre la prohibición que en ella se contenía y la facultad que ahora se otorga. Léase sin apasionamiento la ley 18 de Toro, y ni el espíritu mas sutil hallará en ella asomos de finalidad interpretativa ó aclaratoria, máxime después de quedar evidenciado lo que antecede.

Las leyes de Toro modificaron, pues, en este punto, lo dispuesto por las del Fuero Real, que hasta entonces habían sido la norma de las mejoras en el derecho de Castilla, sin que, en consecuencia, los ascendientes pudiesen otorgarlas á favor de aquellos descendientes que no tuviesen la cualidad de herederos forzosos, hasta que por primera vez se les concedió esta facultad por declaración expresa de la tantas veces citada ley 18 de Toro.

***

Hagamos ahora mención—para que no se diga que eludo una dificultad—del *incidente*, que representa, en la formación del Proyecto de Código de 1851, el deseo manifestado por Goyena de que se incluyese un precepto para que la mejora no pudiera salir de los descendientes que fuesen herederos forzosos, sin que su propuesta mereciese la aprobación, y sin que, por otra parte, la Comisión codificadora creyese preciso hacer constar lo contrario para que los descendientes pudiesen ser mejorados aunque no fueran herederos forzosos.

Se ha tratado de demostrar, evocando este recuerdo (1), que la misma falta de declaración expresa y terminante en el Código civil, debe ser interpretada en el sentido de no haberse hecho, por considerarla innecesaria, pues á juicio de los que así opinan—á la manera que están incluídos los elementos *esenciales* y aun los *naturales* en los contratos, de tal suerte que se sobreentienden aunque no se expresen—, es de tal evidencia la inclusión de aquella facultad en el organismo jurídico de las mejoras, que se hace innecesaria toda declara-

(1) Martínez Alcubilla (D. Alvaro): *Suplemento al Boletín Jurídico-administrativo*, 1896, pág. 10.

ción del legislador acerca de este punto. Error motivado por la sugestión de una *tésis apriorística*; porque no era posible de otro modo que inteligencias preclaras, jurisconsultos eminentes, le amparasen. A nadie que no se haya propuesto defender á toda costa la tésis que combato, se le ocurriría desnaturalizar de tal manera una institución jurídica, cuyos principios fundamentales están establecidos con toda precisión en el texto de las leyes. Error, repito, que aparecerá evidenciado en el proceso mental de este trabajo, para quien se digne fijar en él su atención exenta de prejuicios.

No; sea cualquiera la explicación del mencionado incidente de la obra codificadora, sean cualesquiera los motivos por los que fué rechazada la proposición de Goyena, y aunque sea preciso afirmar que este solo ilustre jurisconsulto penetraba más profundamente en el espíritu de las instituciones que todos sus compañeros, es lo cierto que, si el legislador quiere sancionar una disposición como la de que se trata, si quiere conceder facultades para mejorar al nieto viviendo el padre, necesita manifestarlo *expresamente*, como lo hizo la ley de Toro, por el íntimo convencimiento de esta verdad que tuvieron sus autores.

Lo que en el ánimo de Goyena debió influir principalmente para determinar su resolución, fué la conveniencia de hacer una declaración expresa que desvirtuase la eficacia de la ley de Toro, á la sazón vigente, y que, por haberlo estado desde algunos siglos antes, había tenido tiempo para producir, aparte de un gran arraigo en la práctica, un hábito mental en los jurisconsultos, de que difícilmente se despojarían sin la nueva sugestión de un precepto prohibitivo terminante, como ahora mismo lo está acreditando la experiencia. La práctica de la facultad otorgada por la ley de Toro había determinado ya un completo olvido, no sólo de la tradición genuinamente española del *Fuero Real*, sino también de la naturaleza jurídica, de la técnica normal de la institución de las mejoras; y por eso el ilustre jurista consideraba necesario hacer aquella de-

claración para devolver á las mejoras su propio sentido é infiltrarlo en la práctica forense y notarial, con la poderosa ayuda de un precepto terminante. He ahí por donde puedo devolver á los mantenedores de la doctrina que combato, el argumento que ellos tratan de levantar sobre la negativa de la Comisión de Códigos á realizar el pensamiento de Goyena.

Además, obsérvese bien cómo en las palabras de este ilustre autor se revela su pensamiento fundamental, según el que la solución prohibitiva representa la pureza doctrinal, la consecuencia lógica de la naturaleza y organización jurídica de las mejoras; en tanto que la contraria, la permisiva, podía significar una *concesión*, más ó menos fundada en motivos de *equidad*, pero nunca un precepto derivado lógicamente de aquella naturaleza. «Conservóse, dice, esta disposición (la de la ley 18 de Toro), y yo sacrifiqué gustoso *el rigor de mi principio* á poderosas consideraciones de *equidad*.» Luego, según Goyena, en rigor de principios, es preciso sostener la solución prohibitiva.

Siendo así, no ofrece duda el criterio que debe guiarnos en la interpretación de nuestro Código; porque, á seguir la inspiración de las consideraciones de *equidad*, estarán autorizados alguna vez los legisladores y hasta los jueces: los intérpretes doctrinales, no.

***

Para terminar esta exposición de los precedentes legales y doctrinales del asunto, indicaré ahora someramente cuáles sean las más distinguidas opiniones pronunciadas en pro y en contra de la doctrina ó interpretación legal que sostengo.

A) Manifestáronse en favor de la facultad de mejorar á los nietos en concurrencia con sus padres, después de publicado el Código civil:

1.° La Dirección general de Registros y del Notariado, en su Resolución de 15 de Junio de 1898; si bien es de notar que su razonamiento se limita á que ningún precepto del Código

dispone que sólo puedan mejorarse aquéllos cuando reunan el carácter de herederos forzosos; y como consecuencia de la debilidad de este único motivo, se nota su vacilación en otro considerando, hasta el punto de conceder, en hipótesis, que: «no según la letra de la ley, sino según el pensamiento genuino del legislador, los testadores sólo pueden usar de la facultad de mejorar á sus descendientes legítimos cuando éstos re unan el carácter de herederos legitimarios»; por lo cual, á fin de sostener, en definitiva, la tésis que se propusiera, como solución de la ardua dificultad que reconoce, se vé precisada á recurrir al expediente de una aplicación incorrecta (digámoslo, salvando todos los respetos debidos), y en absoluto improcedente, del art. 743 del Código.

2.º El ilustre y malogrado jurisconsulto D. Alvaro Martínez Alcubilla, quien, consecuente con el pensamiento que se mantiene en el *Diccionario* de su nombre, publica, en uno de sus *Apéndices*, un razonado informe sosteniendo enérgicamente dicha opinión afirmativa (1).

3.º El Sr. Falcón, aunque con notables diferencias en las varias ediciones de su obra, que acusan la vacilación y la duda, llevada al extremo de que, en las últimas, prefiere pasar casi por alto el tema, sin detenerse en las prolijas consideraciones expuestas en la primera de dichas ediciones. Es de notar, además, que este ilustre profesor ha reconocido que la más antigua y genuina significación de la mejora, es la representada por el *Fuero Real*, y que la ley de Toro ha venido á desnaturalizarla (2).

---

(1) Alcubilla: *Diccionario,* tomo 7.º, 5.ª edic., pág. 1030, nota; y *Apénd.*, 1896, Supto.

(2) *Exposición doctrinal del Derecho civil español*, tomo 3.º, 3.ª edición, págs. 243 y 256.—*Código civil español:* Notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios, por D. Modesto Falcón, t 3.º, pág. 220. Es de advertir que en estos libros, el Sr. Falcón, no sólo interpreta el Código en el sentido que referimos en el texto, sino que tambien entiende que se puede favorecer con la mejora á un hijo natural ó á un descendiente de esta clase, con perjuicio de los

4.° El ilustre comentarista del Código civil Sr. Manresa y sus colaboradores, quienes, después de un luminoso resumen de los antecedentes de la cuestión, consagran al usunto respetables consideraciones en defensa de la doctrina afirmativa que mantienen resueltamente (1).

5.° El Sr. López R. Gómez, en su tratado del *Derecho de sucesión*, siendo de advertir que este escritor, tan aficionado á depurar el alcance de los preceptos del Código sobre los análogos de la legislación antigua, pasa, no obstante, casi en olvido esta controversia, limitándose á exponer su criterio, sin detenerse á razonarlo (2).

6.° Los ilustres comentaristas de la legislación hipotecaria, Sres. Galindo y Escosura, si bien es de tener en cuenta que no examinan directamente el tema, sino que se limitan á exponer este criterio con referencia á la citada Resolución de 15 de Junio de 1898 (3).

7.° Y finalmente, el notable comentarista *Q. Mucius Scævola*, quien, á mi juicio, representa la más radical afirmación de la doctrina permisiva, como tendremos ocasión de demostrar en el curso del presente estudio (4).

B) Pronunciáronse en contra de la facultad de mejorar al nieto en vida de su padre, interpretando también el Código civil:

1.° El malogrado escritor Sr. Navarro Amandi (5).

2.° El Sr. Ramos (D. Rafael), que en su tratado *De las su-*

---

legítimos. «Como que *de intento*, dice, no usa en ese precepto (el artículo 823) de la palabra legítimos, como lo usa en otros casos.» Ahora compárese el texto de dicho artículo con el del 840 y con todo el sentido del Código, y véase adonde conduce esta manera de interpretar, atenta sólo *al sonido* de las palabras y sin elevarse á la consideración *del sistema* total orgánico de las instituciones.

(1) Manresa: *Comentarios*, 2.ª edic., tomo 6.°, pág. 374.
(2) Tomo 1.°, pág. 656.
(3) *Comentarios*, tomo 1.°, pág. 409, 4.ª edic.
(4) Q. M. Scævola: *Código civil*, tomo 14, págs. 434 y sigs.
(5) Citado por *Q. Mucius Scævola*.

*cesiones*, dedica al asunto algunas reflexiones muy estimables (1).

3.° El Sr. G. Caminero (D. Eduardo), quien afirma que los nietos, si viven los padres, no tienen derecho á mejora, en cuanto, entonces, tampoco lo tienen á legítima, y sólo en contemplación á éstas son válidas las mejoras. Este autor manifiesta además su discrepancia de la citada Resolución de la Dirección de Registros (2).

4.° Y el Sr. Lozano de Sicilia (D. Cristóbal), que ha consagrado extensos y muy estimables razonamientos á dilucidar este importante tema (3).

## III

### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Veamos ahora los fundamentos de la sentencia que, según algunos, ha venido á poner término al debate, y que, por el contrario, según creo haber demostrado, viene á suscitarle de nuevo, por consideración á lo que importa determinar si ha de prevalecer en la técnica la doctrina en ella sustentada.

Nótese una vez más la trascendencia del asunto, por cuanto ha de influir considerablemente en la práctica notarial, lo que encierra un alcance de mayor peligro que la simple influencia de una resolución de esta índole en las deliberaciones forenses y en los fallos judiciales. Porque en estos últimos, la controversia y el estudio ejercen constantemente una labor de depuración, que no se da en aquélla, donde toda práctica adquiere inmediatamente el carácter de rutina; y entregados casi por completo los testadores al criterio legal del Notario, sin el crisol de la contradicción de opuestas doctrinas y razones, se

(1) Tomo 2.°, pág. 82.
(2) En su *Tratado teórico práctico sobre partición de herencia*, página 152.
(3) En su obrita titulada *Interpretación del art. 834 del Código civil*, págs. 104 y sigs.

eleva con facilidad al carácter de dogma y arraiga en la conciencia popular cualquier teoría, que, quizá, si se la examina á la luz de la razón, envuelve un error, convertido así en alimento moral del espíritu.

***

Examinaremos uno por uno los tres «Considerandos» en que se trata de fundamentar la solución del Tribunal Supremo; y mediante las reflexiones que nos sugiera cada uno de ellos, estableceremos la única interpretación del Código que estimamos admisible. Para mayor claridad, transcribiremos literalmente el texto de los mismos.

**Primer Considerando.**

> «Considerando que ha sido derecho tradicional de Castilla, hasta la publicación del vigente Código, claramente consignado en la ley 18 de Toro, que resolvió las dudas suscitadas entre los expositores y comentadores acerca del verdadero alcance é interpretación de las leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real referentes á la institución jurídica de las mejoras, la facultad reconocida al abuelo de aplicar el tercio de mejora en favor de sus nietos, aun con daño y menoscabo de la legítima de los hijos vivos, padres de éstos, viniendo por tal modo la ley á facilitar los medios para que el jefe de la familia pudiera atender las necesidades y conveniencias de ésta dentro de las restricciones que la institución de las legítimas le imponía, y como compensación á su falta de libertad para testar, como no fuera del quinto de sus bienes.»

Para destruir toda la argumentación contenida en este párrafo, es suficiente recordar lo que dejamos dicho, y, á nuestro humilde juicio, probado, en la exposición de los antecedentes de este debate. Allí hemos hecho resaltar: 1.°, que la verdadera tradición española, en lo que se refiere al problema, no está representada por la ley de Toro, sino por la del *Fuero Real*, que dispone todo lo contrario; 2.°, que aquélla, sea cualquiera la intención ó finalidad con que fué dictada, y aunque

lo fuere para resolver dudas suscitadas entre los comentadores con motivo de la del *Fuero*, es lo cierto que vino á derogar totalmente la disposición expresa contenida en éste, según la cual, los nietos que no fuesen herederos forzosos no podrían ser mejorados, como lo reconocen paladinamente el Sr. Falcón y otros—y como, por encima de toda sutileza, resulta del texto de la misma ley del *Fuero*—. Además de que aquellas dudas no son suficientes para explicar la disposición de la ley de Toro, porque como ha dicho, refiriéndose á ella, el ilustre Gutiérrez, cuyo profundo conocimiento del derecho antiguo es cosa confesada por todos: «Si los jurisconsultos hubiesen tenido en cuenta *que la mejora es legítima de los descendientes*, no habrían provocado esta resolución» (1); lo cual revela que la ley 18 de Toro, como interpretación de la del Fuero, *es contradictoria*, por lo que es preciso considerarla, no en tal concepto, sino como derogación expresa.

Y aparte de esto, no me parece lo más adecuado al criterio sistemático, ni aun al lógico y al histórico de interpretación de una ley, dictada para formar parte de un organismo institucional como el de las legítimas, decir, como dice la sentencia, que se propuso facilitar los medios para que el jefe de familia pudiera atender á las necesidades y conveniencias de ésta, *dentro de las restricciones* que la institución de las legítimas le imponía, y *como compensación* á su falta de libertad al testar. El método sistemático de interpretación aconseja precisamente todo lo contrario. Desde el momento en que predomina en una legislación un criterio determinado, aconseja resolver las dudas con arreglo á él, y no al contrario, á pretexto de compensaciones, que no tienen razón de ser, porque cuando el legislador quiere establecerlas, tiene buen cuidado de consignarlas expresamente, y cuando no las consigna, nada autoriza á interpretar su silencio por principios opuestos á los

(1) Gutiérrez, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. 3.°, pág. 513.

que predominan en su sistema. El legislador español opta por las *legítimas* con preferencia á la *libertad*; ¿por qué hemos de ir á buscar al sistema de ésta los elementos supletorios de sus preceptos? No; el espíritu general que informa una legislación es siempre el mismo por el que han de suplirse sus omisiones. De lo contrario, dada la evidente premisa de que son infinitamente más en número los casos no previstos que los taxativamente sancionados en una legislación, ¿á dónde conduciría el procedimiento de ir á buscar la solución de aquéllos en principios opuestos á los que informan el total espíritu de la ley, á título de supuestas compensaciones?

Desde este punto de vista, afirmamos sin vacilar que la ley 18 de Toro estableció la facultad de mejorar al nieto en vida del padre, porque clara y expresamente lo consignó en sus preceptos á título de compensación ó de lo que quiera; pero la ley del *Fuero Real* estableció todo lo contrario, porque aun en la hipótesis de que así no lo consignase expresamente, se deriva del espíritu y sistema total de la legislación de que formaba parte la necesidad de interpretar *restrictivamente* y en favor del principio de legítimas, y no del de libertad, las omisiones en que dicha ley haya podido incurrir.

Por esa razón, admitido también como predominante el principio de las legítimas en el Código, las dudas que puedan surgir, á falta de precepto terminante que disponga lo contrario, deben interpretarse del mismo modo en sentido favorable á dicho principio.

Para mayor claridad, concretemos estas observaciones, encaminadas á rebatir el primer «Considerando» de la sentencia á la afirmación que, como consecuencia de todo lo dicho, oponemos al mismo, ó sea: que la genuína tradición castellana está representada por la negación de la facultad de mejorar al nieto en vida de su padre.

Hemos de observar de paso que la doctrina de este «Considerando», aunque fuese de una evidencia incuestionable, ninguna virtualidad tendría para fundamentar la conclusión que

sobre ella pretende levantarse, porque aun así no pasaría de la categoría de derecho, total y absolutamente derogado por el Código, como lo es el establecido por la ley 18 de Toro, que estuvo vigente hasta la promulgación de aquél, sin que valga invocarla para solucionar dudas suscitadas en la interpretación del Código mismo, porque si este sistema de acudir en todo al derecho derogado se generaliza, dará por resultado la anarquía jurídico-doctrinal, y la prolongación de un estado transitorio, al que es preciso poner fin en cuanto sea posible.

**Segundo Considerando.**

«Considerando que tanto por los antecedentes de la legislación respecto de esta materia, como por el espíritu que presidió á la formación del actual Código, cual se consigna en la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, que no fué sino el de recoger el sentido y capital pensamiento del derecho histórico patrio, aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la base del Proyecto de 1851, en el que aparece reiterada la misma facultad antes expresada, como por la tendencia que en dicho vigente Código se manifiesta de otorgar mayor ensanche á la libertad de testar, sería ilógico dar á los preceptos de éste, que regulan la materia de las mejoras, una interpretación contradictoria de tales principios y antecedentes, mientras de ellos no se derivase claramente que la intención del legislador fuera otra distinta.»

Y que lo fué, quiero decir, que el legislador del Código ha puesto especialísimo cuidado en afirmar—sean cualesquiera, por otra parte, sus tendencias expansivas—, que el principio de la legítima es *absolutamente inatacable*; que por ningún concepto puede ésta reducirse; que sólo una causa taxativa y probada de desheredación puede ser suficiente á excluir á un legitimario del goce de la integridad de sus derechos, y que, por tanto, toda interpretación del Código en materia de legítimas, debe partir del supuesto de estos principios esenciales, y no de la tendencia que se manifiesta á otorgar mayor ensanche á la libertad de testar, —puesto que tal tendencia se halla

expresamente desarrollada con la elevación de la parte disponible por el testador al tercio de sus bienes, y nada autoriza á pasar de aquí en punto á libertad—; que todo esto es cierto, no puede ocultarse á quien con espíritu imparcial y exento de prejuicios se proponga consultar el Código y tome nota de sus artículos 806, 813, 814, 815, 816, 817, 819 y 820, en los que se lee constantemente que el testador *no puede disponer de la legítima*, —y téngase presente que la mejora no es más que una parte de ella, según demostraremos—, por haberla reservado la ley á los llamados *herederos forzosos;* que el testador *no podrá privar* á éstos de su legítima sino en los casos *expresamente* determinados por la ley; que el heredero forzoso puede pedir el complemento de la legítima cuando *por cualquier título* se le haya mermado; que las donaciones *hechas á extraños*, —y extraños son todos los que no tienen el concepto legal de herederos forzosos—, se imputarán á la parte libre.

¿Se quiere más aún? Pues obsérvese cual es el sistema seguido por el legislador para obligar al padre á satisfacer sus deberes de conciencia con el hijo natural reconocido, cuando éste concurre con hijos ó descendientes legítimos. Si fuese cierto ese espíritu expansivo que atribuye al Código, y erige como criterio de su interpretación el considerando que analizo se apresuraría aquél á declarar que los derechos de estos hijos habían de deducirse de la legítima, ó cuando menos, de la mitad de ella destinada á mejoras. Pero nada de eso; el Código en su art. 840 establece claramente el precepto de que aquellos derechos han de salir del tercio de libre disposición, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral. Es decir, que puesto en este conflicto, opta por *despojar* en absoluto al padre *de toda libertad* antes de mermar en lo más mínimo la legítima, y con ella la mejora de los proclamados herederos forzosos por el apartado 1.º del art. 807. Y más aún: si aparte de aquel conflicto resultase otro, porque el número de hijos naturales fuese tal que hiciese imposible sacar del tercio de libre disposición las cuotas de todos ellos, ni aun en este caso per-

mite el Código mermar en nada la legítima y la mejora, pues el referido art. 840 se limita á conceder á los hijos naturales reconocidos los derechos que les señala de una manera condicional, es decir, *siempre que quepan dentro del tercio libre*; lo cual, en una perfecta interpretación gramatical, significa que *si no caben*, serán reducidos tales derechos, distribuyendo entre los hijos naturales el tercio libre, después de deducidos los expresados gastos de entierro y funeral—que ni aun siendo de carácter tan sagrado y exigencia de la piedad filial, como lo son, permite el Código que vengan á mermar la legítima y la mejora de los herederos forzosos—. ¿Se necesita ahora más demostración de que el espíritu del Código civil no es conforme, sino contrario, al criterio expansivo con que trata de interpretarle en este considerando el Tribunal Supremo? ¿Se necesita más para comprender el *carácter prohibitivo que informa los preceptos que definen la legítima*, como ha dicho el ilustre Comas? (1).

Pero no son estas solamente las reflexiones que sugiere la lectura de este considerando Es, por lo contrario, muy conveniente aprovechar esta oportunidad que se nos brinda, para ver si logramos fijar de una vez para siempre, el criterio que ha de presidir á la interpretación del Código en las cuestiones de esta naturaleza, que se presentan cada día, relacionadas con el alcance del mismo en su relación con la ley de Bases, y el espíritu que presidió á su formación, para deducir las consecuencias aplicables á los asuntos que, habiendo sido objeto de una declaración expresa en la legislación anterior, el Código guarda silencio respecto de ellos.

En este punto reina la más anárquica falta de fijeza y de principio fundamental regulador, echándose mano por un mismo intérprete de distintos y aun opuestos argumentos, según la tésis que se propone demostrar. Así, para citar una sola entre muchas que pudieran citarse, tenemos la sentencia del mismo

(1) Comas: *La Revisión del Código civil español*, tomo 2.°, pág. 28.

Tribunal Supremo de 26 de Mayo de 1898, que declara derogadas y totalmente inaplicables todas las leyes contenidas en la Novísima Recopilación, referentes á materias que son objeto del Código civil, y que son las mismas cuyo espíritu se invoca ahora en concepto de ser el informante de los preceptos de este cuerpo legal.

Es preciso abandonar para siempre estas vacilaciones y establecer un criterio fundamental para solucionar este interesantísimo problema. De lo contrario, no sabremos jamás á qué atenernos, y estarán siempre á merced de *la última impresión* los derechos de los particulares.

Compárese el considerando del Tribunal Supremo que estoy analizando, con los que la Dirección general de los Registros ha consignado en su orden de 31 de Mayo de 1895, con aplicación á un caso de *idéntica naturaleza*, esto es, al de si ha de considerarse la omisión de regla expresa en el Código civil, respecto á la capacidad de la mujer casada para afianzar en favor de su marido y obligarse mancomunadamente con él, como suplida por el espíritu de la ley 61 de Toro, generalmente prohibitivo de dichos actos. Compárense, repito, unos y otros razonamientos, y no podrá menos de lamentarse la falta de fijeza y de unidad que reina en las deliberaciones de los más elevados centros de doctrina jurídica.

«Considerando—dice la citada orden de la Dirección—, que, después del art. 1976 del Código civil, en cuanto concierne al derecho común, no es lícito invocar ley alguna contenida en nuestros antiguos cuerpos legales..... Considerando que por esta razón al resolver el presente recurso hay que *descartar en absoluto todo precepto legal que arranque de nuestro derecho civil histórico ó tradicional*..... Considerando que ninguna de ellas (las disposiciones del Código vigente), prohibe á la mujer el contrato de fianza..... prohibición *que no faltaría de haber estado en la mente del legislador establecerla, por lo mismo que fué secular en nuestro derecho*..... Considerando que *el suponer pasó esta cuestión inadvertida para el legislador, fuera irrespe-*

*tuoso y además absurdo* por tratarse de un problema jurídico ocasionado á tan árduas controversias entre nuestros antiguos tratadistas y tantas veces planteado ante los Tribunales de Justicia, por lo cual es más racional y prudente estimar que el contrato de fianza otorgado por la mujer casada pasó después del Código á figurar en la regla general del art. 1263.....»

¿En qué se queda, pues? ¿La mujer casada puede afianzar, ó el abuelo puede mejorar á los nietos en vida de su padre? Porque una y otra solución resultan incompatibles, dadas las premisas de los considerandos que estudiamos comparativamente. ¿Rige ó no rige el espíritu de la legislación anterior informando los preceptos del Código? Si lo primero, los nietos podrán ser mejorados—y esto dando por supuesto que la ley de Toro representase la genuina tradición en este punto—, y la mujer no podrá afianzar; si lo segundo, viceversa: ambas soluciones, afirmativas ó negativas, son irreductiblemente contradictorias en el terreno en que las consideremos. Hé ahí por qué se hace preciso abandonar el método con que hasta aquí se viene produciendo la jurisprudencia—al menos de este linaje de problemas—, y adoptar un criterio más fundamental y menos expuesto á resultados tan desastrosos como los que acabo de señalar.

Y nótese bien, de paso, que es tan visible la identidad de supuestos en una y otra resolución, que las últimas palabras que he subrayado al transcribir los considerandos de la orden de la Dirección general de Registros, son perfectamente aplicables al caso resuelto por la sentencia del Supremo. Porque también aquí puede decirse, y por las mismas razones, que la disposición de la ley 18 de Toro no faltaría de haber estado en la mente del legislador establecerla; y con tanta mayor razón puede esto afirmarse, cuanto, según hemos visto y confirmamos después, la disposición aludida desnaturaliza las mejoras, siendo, por tanto, indispensable, que conste expresamente, para poder atribuírsela á la intención del legislador, quien, por otra parte, inspirándose en los motivos que, según se dice,

originaron la ley de Toro, debía también tener en cuenta que, de no expresar categóricamente la facultad que se supone haber concedido al abuelo para mejorar á sus nietos, podría su silencio ocasionar las mismas dudas y cuestiones que se suscitaron antes de aquella ley en el derecho antiguo; y siendo irrespetuoso, como afirma la Dirección de Registros, suponer que todos estos peligros pasaron inadvertidos para el legislador del Código, hay que concluir aquí, lo mismo que respecto de la ley 61 de Toro, que el silencio de aquél debe ser interpretado por los principios generales y fundamentales que rigen las legítimas y por el sistema orgánico que preside á su desarrollo en el mismo cuerpo legal.

Para fijar aquel criterio fundamental, cuya necesidad dejo demostrada, nada más conducente, á mi juicio, que las reflexiones del eminente Sánchez Román cuando trata el asunto de la vigencia ó derogación de la expresada ley 61 de Toro, y en otros diferentes pasajes de sus magistrales «*Estudios*.»

«Para llegar á esta solución, escribe, (la de considerar vigente la ley 61 de Toro por suponer que se refiere á una *materia* que no ha sido *objeto* del Código, y que, por lo tanto, no debía estar comprendida en la cláusula derogatoria del art. 1976), era preciso, sin embargo, dar por resuelto: 1.º, que la palabra *materia* equivale á *cualquier precepto ó doctrina* del derecho anterior, y no á *instituciones* ú *órdenes de relaciones* completas que, según tenemos indicado en otro lugar, parece la traducción más legítima de la palabra *materia;* 2.º, que procedía aplicar un criterio de interpretación muy diferente del debido, suponiendo que entre la ley de Bases y el Código, que debió articularse con arreglo á ella, se había de estar á la ley de Bases y no al articulado del Código en cualquier caso de incongruencia, siendo así que debe ser todo lo contrario; pues sea la que fuere la infidelidad ó diferencia con que el Código haya desarrollado en sus artículos los preceptos de la ley de Bases, es lo cierto que una vez aprobado ese articulado y hecha la promulgación del Código, previa la declaración, acertada ó no,

de haberse redactado de conformidad con aquélla, no es lícito ir contra el texto terminante del Código ni aun á título de que desarrolle más ó menos fielmente los preceptos de la ley de Bases; y 3.º, que era igualmente procedente extremar algo el texto mismo de dicha base 4.ª, que lo que previene es que la redacción del Código en este punto se haga «de conformidad con los *principios esenciales* en que se funda el estado legal presente», tomando como *principio esencial* el de la limitación de la capacidad de la mujer para esas aplicaciones concretas á la fianza en favor del marido y para las obligaciones mancomunadas con éste; lo cual no deja de ser gratuito y vago, nada menos que al efecto de fundar dicha limitación de capacidad de la mujer y las prohibiciones que son su consecuencia, doctrina toda de carácter *excepcional* que necesita mención *expresa* en las leyes» (1).

De las palabras copiadas y de la referencia expresa que hace en ellas á otros pasajes de su obra, infiérese el criterio doctrinal del Sr. Sánchez Román en el problema que aquí examinamos. Para él, la disposición final derogatoria del Código civil debe considerarse aplicable, no sólo á todo precepto concreto de la legislación antigua sobre un punto determinado que ofrezca duda dentro del organismo de una institución jurídica, sino á la totalidad de este organismo, cuando su objeto ó contenido constituye materia regulada por el Código. Así interpreta, y muy sabiamente á mi juicio, el Sr. Sánchez Román, la palabra *materias* que forma parte del art. 1976; y así no puede menos de ser entendida, si no se quiere que el Código haya venido á introducir el caos más espantoso en nuestra legislación.

Con arreglo á este criterio están derogadas, no sólo las instituciones integrales del Derecho antiguo, cuando el Código las hace objeto de sus disposiciones, sino también cualesquie-

(1) Sánchez Román: *Estudio de Derecho civil*, tomo 5.º, 2.ª edición, pág. 637.

ra preceptos singulares que formaran parte de las mismas. Hay, pues, que concluir, que por la misma razón está derogada la ley 18, por la que lo está la ley 61 de las de Toro. Una y otra contienen preceptos singulares que forman parte del contenido de dos instituciones reguladas por el Código: las mejoras y las relaciones personales entre cónyuges ó capacidad jurídica de la mujer casada.

Para completar en todos sus aspectos el examen de este segundo considerando, es preciso hacerse cargo también de lo que en él hace referencia á la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888. Es muy cómodo, ciertamente, hacer uso, según nos convenga, unas veces, del espíritu que preside á la formación del Código civil, según en dicha ley se consigna, y otras, del precepto derogatorio contenido en el mismo Código é interpretado en todo su rigor literal. Con esta alternativa de criterios, puédense defender todas las tésis jurídicas por contradictorias que parezcan; y la frecuencia con que se echa mano de uno ú otro razonamiento, sin un criterio fundamental y superior que los reduzca, es la explicación de tantas antinomias como se vienen observando en la jurisprudencia y en la práctica. He aquí otro punto de vista importantísimo, acerca del cual conviene insistir hasta que hayamos logrado curarnos de ese vicio de los procedimientos exegéticos al uso.

Si nos fijásemos bien en el sentido, alcance y valor actual que deben ser atribuídos á la ley de Bases, tendríamos siempre evitado aquel peligro. Dicha ley no es hoy *un precepto sustantivo y vigente*, como parece colegirse de la importancia que le damos algunas veces. Dicha ley ha cumplido ya su objeto desde el momento en que la Comisión de Códigos redactó el proyecto del civil y este cuerpo legal entró en vigor, mediante la declaración—exacta ó inexacta—de que se hallaba conforme con lo ordenado por aquélla. La ley de Bases, en una palabra, debió ser en un todo obedecida por los redactores del Código; pero, fuéralo ó no, después de publicado éste, no hay para qué hacer invocación de los preceptos de aquélla como

elemento interpretativo del Código; y entre una declaración de éste y otra de la ley de Bases, aunque fuesen contradictorias, sería preciso atenerse á la del Código civil, que constituye el *precepto positivo vigente*. Es más: en la hipótesis de que —intencionadamente ó no—los redactores del Código civil se hubiesen apartado abiertamente de los imperativos de la ley de Bases, y formulasen una institución inspirándose en principios radicalmente contrarios á los de aquélla, una vez admitida como vigente dicha institución, por formar parte del contenido del Código, y en el supuesto de que dentro de ella se notasen lagunas que se hiciera preciso suplir por medio de la interpretación, sería totalmente improcedente ir á buscar los elementos doctrinales de esa interpretación al espíritu y al sistema de la ley de Bases. Por el contrario, en dicha hipótesis extrema, era preciso indagarlos en el sistema opuesto, porque lo vigente, lo que se trataba de interpretar, era el precepto del Código, que ya sabíamos estaba en oposición con el sistema de la ley de Bases.

Resulta, pues, indudable, que entre ésta y el art. 1976, que forma parte del Código, debe prevalecer el último; y resulta que la ley de Bases sólo podrá ser invocada correctamente cuando con ello no se pretenda violentar por algún modo la significación de los preceptos codificados ó el sistema general que impera sobre los mismos. Resulta que la ley de Bases podrá invocarse para suplir un *vacío* del Código; pero sólo cuando tal vacío es absoluto, como sucede con el que se nota en el título que trata de la ausencia, en lo referente á la negación de capacidad en el cónyuge presente para pasar á segundas nupcias, que en la base 6.ª se consigna; pero nunca para buscar el sentido de un artículo del Código, cuando por el mismo artículo, ó por el total organismo de la institución en que se contiene, puede venirse en conocimiento de su verdadero alcance.

Esto aparte de que, en la presente cuestión, para tomar como norma la ley de Bases, sería preciso decidir primero cuál

de las dos leyes—la del Fuero Real ó la de Toro—representaba «el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio»; y que probablemente, según hemos visto, sería preciso decidirse por la primera de ellas, en cuyo caso el argumento se volvería contra la misma tésis que bajo él se trataba de amparar.

HIPÓLITO GONZÁLEZ REBOLLAR.

*(Continuará.)*

# ACUMULACIÓN DE AUTOS

¿Procede la acumulación de autos entre las actuaciones del recurso de alzada que autoriza el art. 310 del Código civil y un pleito civil ordinario de mayor cuantía?

Las leyes positivas, como producto del entendimiento humano que son, nunca llegan á la suma perfección Pero si esto es evidente, y porque lo es nadie se atreverá á negarlo, es también una verdad demostrada que, por causas, diversas esas leyes, á las veces, no solamente se hallan muy lejos del grado de relativa perfección asequible al esfuerzo intelectual del hombre, sino que tan pronto como son promulgadas pueden desde luego señalarse teóricamente sus deficiencias ostensibles y lamentables vacíos. Deficiencias y vacíos que, después de ser señalados teóricamente, se ensanchan y agigantan al contacto de la realidad viva, originando esto siempre sensibles males, y no en toda ocasión perjuicios reparables.

Todavía, cuando la ley no crea una institución, los males y perjuicios que sus silencios y vacíos originen pueden ser evitados algún tanto acudiendo á las viejas doctrinas que sustentaron los tratadistas y estableció la jurisprudencia. Mas si la institución creada carece de antecedente dentro de la historia jurídica de un pueblo, entonces, durante un período más ó menos largo de tiempo, esa institución, deficientemente creada ó implantada, en vez de servir de garantía de los derechos que intentó regular, sirve de medio perturbador en lo que atañe á esos mismos derechos.

Así sucede entre nosotros con la institución del consejo de familia, que por su carácter exótico y haber sido además reglamentada por el Código civil de una manera asaz imperfecta, sobre todo en la parte adjetiva, y por no haber sido reformada la ley rituaria civil en armonía con lo exigido por dicha institución familiar, está sirviendo más de elemento perturbador que de regulador y amparador de derechos.

Ya, sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia, invadiendo, por imposiciones de la dura é inflexible necesidad, las atribuciones del Poder legislativo, ha llenado con oportunas decisiones algunos de los vacíos que en esta materia se notan en el Código, con lo que en lo sucesivo se evitará la existencia de los criterios diversos que hasta aquí han sustentado los Tribunales inferiores siempre que conocieron de las cuestiones, decididas después, por el primer Tribunal de la Nación. Empero, esa diversidad de criterios continuará imperando en las cuestiones referentes al consejo de familia, sobre las que nada ha podido decir ese Tribunal por falta de ocasión ó por otros motivos.

Repasadas con algún cuidado las colecciones de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, nada hemos encontrado en ellas que se refiera de modo directo al siguiente problema jurídico procesal: ¿Procede la acumulación de autos entre las actuaciones del recurso de alzada que autoriza el art. 310 del Código civil y un pleito ordinario de mayor cuantía? Y porque nada hemos encontrado entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo que á esa cuestión se refiera directamente, ignoramos cuál es el criterio de dicho Tribunal en lo que al problema atañe; pero sí sabemos que una prestigiosa Sala de lo civil lo ha resuelto en sentido afirmativo. ¿Debe admitirse como ajustada á la ley esa decisión? Veámoslo serena é imparcialmente.

***

Para que la acumulación de autos proceda, es necesario, en primer término, que concurran los tres requisitos siguientes: solicitud de parte interesada (1); que los pleitos cuya acumulación se pretenda no hayan llegado á la citación para sentencia definitiva (2); que los pleitos se hallen en la misma instancia (3). Pero no es bastante la concurrencia de esos tres requisitos, aunque sí es indispensable, para que la acumulación pueda ser decretada. Es necesario, además, para que los pleitos puedan ser acumulados, que concurra alguna de las causas taxativamente determinadas por el art. 161 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que, en general, los juicios sean de la misma clase (4).

Como cierta é indiscutible, vamos á admitir la concurrencia de los tres primeros requisitos indicados. Queda, pues, por determinar si cuando se trata de la acumulación de un recurso de alzada, interpuesto al amparo del art. 310 del Código civil, y un pleito civil ordinario de mayor cuantía, cabe afirmar que se trata de juicios de la misma clase, y si en ese caso concurrirá ó no alguna de las causas del art. 161 de la ley de Enjuiciamiento.

Conviene, sin embargo, antes de ocuparnos de la posible ó imposible concurrencia de estos dos últimos requisitos ó cualquiera de ellos, estudiar con alguna atención una cuestión de gran importancia, después de haber transcrito el contenido literal del art. 310 del Código civil. Dice este artículo: «De las decisiones del consejo de familia pueden *alzarse* ante el Juez de primera instancia los vocales que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, así como también el tutor, el protutor ó cualquier pariente del menor ú otro interesado en la decisión, salvo el caso del art. 242.»

Claramente enseña la lectura de ese precepto legal que

(1) Art. 160, ley de Enjuiciamiento civil.
(2) Art. 163, ley citada.
(3) Art. 165, ley citada.
(4) Art. 164, ley citada.

dentro de él se encierra una facultad y un medio ó remedio procesal para hacer efectiva aquélla: la facultad de *alzarse* y la manera de realizar el *alzamiento*. Esa manera de realizar el alzamiento, que es el remedio procesal por disposición seca y dura de la ley, ha recibido un nombre especial de tratadistas y Tribunales. Unos y otros han dicho que tal remedio procesal se llama *recurso de alzada*, nombre muy adecuado y propio, atendiendo, como debe atenderse, á la letra y al espíritu del artículo 310 del Código civil, que al decir que *de las decisiones del consejo de familia pueden alzarse*... quiso crear y creó un recurso procesal nuevo é independiente, ajeno por completo á los remedios procesales que establecidos estaban antes de la promulgación del Código, por la ley de Enjuiciamiento civil. Porque de otro modo no había necesidad de decir *pueden alzarse*, pues con sujeción á lo preceptuado por la mencionada ley, pueden ser tramitadas en juicio ordinario de mayor cuantía todas las demandas cuya cuantía sea inestimable ó no se pueda determinar (1). Y ahí, en ese precepto, encajaban como en su propio molde las demandas que pudieran deducirse contra las decisiones del consejo de familia. Mas, indudablemente, el Código quiso crear un recurso especial de efectos rápidos, en contraposición á los trámites lentos y largos del juicio ordinario. Entendiéndolo así el Tribunal Supremo de Justicia, cuando se le presentó la primera ocasión dijo, y ha repetido después en diversas ocasiones, que contra las resoluciones del consejo de familia «sólo ha concedido la ley el recurso de alzada ante el Juez de primera instancia, sin fijar tramitación que pudiera afectar el carácter de juicio ordinario» (2).

Porque la ley no fijó tramitación para ese recurso de alzada, que pudiera afectar el carácter de juicio ordinario ni el carácter de juicio alguno, han creído algunos tratadistas que esa tramitación debía ser la propia del juicio verbal, y otros la peculiar de los incidentes.

---

(1) Art. 483, núm. 2.°
(2) Auto de 22 de Noviembre de 1892.

Pero cualquiera que sea la tramitación que se dé ó quiera dar al recurso de alzada establecido por el art. 310 del Código civil, es indudable que no nace de la interpretación recta de ese precepto legal, pues nada dice acerca de tramitación. Por ese motivo, sin legislar clara y abiertamente para suplir los vacíos del Código en este punto, no es posible adaptar al mencionado recurso esta ó la otra tramitación. Mas, legislando ó sin legislar, lo cierto es, lo indudable es, que la incoación de ese recurso no exige la presentación de una demanda, y que por esto, quien se *alza* ante el Juez de primera instancia contra un acuerdo de un consejo de familia, no promueve una contienda judicial, sino que acude simplemente al Juez de primera instancia solicitando sólo su intervención para que revise, confirme ó anule una decisión, sin empeñar contienda. Y ahí debe terminar el recurso de alzada: «En el repetido Juez de primera instancia, dice uno de nuestros más queridos y eminentes maestros (1), termina este recurso de alzada, puesto que sólo él es el mencionado en el art. 310, y no cabe aplicar criterio extensivo en esta materia de procedimiento, aparte de la conveniencia de no dejar *sub judice* mucho tiempo las decisiones del consejo de familia é imposibilitar su firmeza.» Y como en el Juez de primera instancia termina este recurso, sin que haya existido contienda—según nuestro humilde juicio, pero firme, porque se halla arraigado profundamente en nuestro pobre entendimiento—, el acto de *alzarse* contra una decisión de un consejo de familia, implica un acto de jurisdicción voluntaria, pues de esta clase son todos aquellos en que sea necesaria ó se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas (2). Si así fuera, si el recurso de alzada que estudiamos tuviera el carácter de acto de jurisdic-

(1) Sr. Sánchez Román, en su notabilísima obra *Estudios del Derecho civil.*

(2) Art. 1811, ley de Enjuiciamiento civil.

ción voluntaria, su acumulación á un juicio ordinario sería imposible, porque la ley prohibe expresamente la acumulación entre los expedientes de jurisdicción voluntaria y cualquier juicio de jurisdicción contenciosa (1).

***

Claro es que si se aceptara la doctrina que consignada ha sido más arriba, holgaría todo otro razonamiento. Pero esa doctrina no está aceptada por tratadistas ni Tribunales. Por este motivo, necesario es continuar el estudio de la cuestión, abandonando firmes convencimientos, para que no se pueda hablar de intransigencia, y además, porque aunque se dé al recurso de alzada el carácter de acto contencioso, no por eso procederá su acumulación á un juicio ordinario.

En efecto; entre las causas que taxativamente menciona el art. 161 de la ley de Enjuiciamiento civil, sólo tres, que son la 1.ª, 2.ª y 5.ª, puede decirse que tienen alguna relación con la acumulación de que aquí se trata. Esa relación, sin embargo, ni aun siquiera pudo pasar por la mente del autor de esa ley, siendo, como es, muy anterior á la promulgación del Código civil. Por eso la relación, si existiera, tendría que nacer de la letra de las tres causas mencionadas, ya que ni en la letra ni en el espíritu del art. 310 del Código civil, existe nada que pudiera sugerir que el autor de este último cuerpo legal pensó en la posibilidad de dicha acumulación.

De la letra de las causas citadas no puede sacarse argumento alguno en pro de la acumulación que estudiamos. Porque la primera dice que deberá decretarse la acumulación «cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los *pleitos* cuya acumulación se pida, produzca excepción de cosa juzgada en el otro»; la segunda, «cuando en Juzgado competente haya pendiente *pleito* sobre lo mismo...»; y la quinta, «cuando

(1) Art. 1823, ley de Enjuiciamiento civil.

de seguirse separadamente los *pleitos*, se divida la continencia de la causa». Las tres causas, pues, hablan de *pleitos*. Y como el *recurso de alzada* no es *pleito*, en la acepción legal de esta palabra, falta un término: el primero y claramente expresado y repetido por la ley. Además, el recurso de alzada, por la simplicidad de sus trámites, y más que eso, por la carencia de trámites para su sustanciación, por la manera de incoarlo, sin necesidad de demanda, y por su objeto, que no es otro sino revisar sumariamente los acuerdos del consejo de familia, para crear, con la garantía de la intervención judicial, una situación de derecho provisional, sobre no ser pleito, no puede dividir la continencia de la causa, ni puede tampoco producir excepción de cosa juzgada en un pleito, porque la decisión que en el recurso de alzada se dicte, no debe ser *sentencia*, y sí *auto*, discutible después en juicio ordinario, de igual modo que *auto* discutible es, en juicio ordinario, el que se debe dictar para poner fin al expediente de incapacidad seguido al amparo del art. 219 del Código civil, artículo que por analogía debe ser aplicado, en cuanto á la forma de dictar la resolución y en cuanto á la reserva de derechos, cuando se trate de un recurso de alzada interpuesto al amparo del art. 310 del mismo Código, ya que el expediente de incapacidad debe ser tramitado cual si fuera un incidente (1), que es la tramitación, en parte, que también estima el Tribunal Supremo debe darse al recurso de alzada, según veremos muy luego.

¿Es que el recurso de alzada es realmente *pleito*, en la acepción legal de esta palabra, y que por ello puede ser aplicable alguna de las causas del art. 161 de la ley de Enjuiciamiento para acumularlo á un juicio ordinario? Pues aunque se contestara afirmativamente á esa pregunta, dando á la contestación todo el alcance que debe tener, no por eso serían acumulables un recurso de alzada y un pleito ordinario, porque la ley exige, para que la acumulación de autos proceda, además

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 1903.

de la concurrencia de todos los requisitos que ya han sido expuestos, que los juicios sean, en general, de la misma clase (1). ¿Se trata, en el caso que estudiamos, de juicios de la misma naturaleza procesal, de la misma clase? Disparidad de criterios existe entre los comentaristas del Código civil en lo que atañe á la naturaleza procesal del recurso de alzada establecido por el art. 310 de ese Código; pero de esa diversidad de criterios podría obtenerse la conclusión de que el recurso ó remedio procesal, ejercitable contra los acuerdos del consejo de familia, goza de una naturaleza especial. Empero, como se trata de una cuestión práctica, en cuya resolución es claro que pueden influir más las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia que las respetables opiniones de los tratadistas, á las decisiones del Tribunal Supremo conviene acudir en busca de luz que alumbre y guíe en la resolución del problema.

Más de una vez ese Tribunal ha dicho que contra los acuerdos del consejo de familia «sólo ha concedido la ley el recurso de alzada ante el Juez de primera instancia, sin fijar tramitación que pudiera afectar el carácter de juicio ordinario». No era esto bastante, pues con ello sólo se declaró en forma negativa que ese recurso no podía afectar el carácter de juicio ordinario, quedando, por tanto, sin determinar la naturaleza procesal del mencionado recurso. Pero, al cabo y al fin, el Tribunal Supremo, venciendo quizás sus resistencias á invadir las atribuciones del Poder legislativo, declaró del modo más preciso posible, y según su elevado criterio, cuál es la naturaleza procesal del recurso de que se trata, y cuáles los trámites á que debe ajustarse su sustanciación.

Esa declaración se ha hecho en la sentencia de 4 de Enero de 1902, inserta en la *Gaceta* de 19 de Abril del mismo año, en cuya sentencia se sienta la siguiente doctrina: que la ley de Enjuiciamiento civil regula, en general, las cuestiones promovidas entre partes, aunque esto es sin perjuicio de aquellos casos,

(1) Art. 164, ley de Enjuiciamiento civil.

en los que el legislador, al declarar algún derecho ó reglamentar una institución, establece á la vez procedimiento; que por ser el Código civil posterior á la ley de Enjuiciamiento, al primero es necesario acudir antes que á ninguna otra ley para la resolución de las cuestiones que surjan acerca de la institución tutelar; y, por último, «que el precepto del art. 310 del Código civil tiene el carácter de sustantivo en cuanto determina la subordinación de la autoridad del consejo de familia á las autoridades judiciales, y el de adjetivo en cuanto establece el recurso de alzada para ante el Juez de primera instancia; y como el concepto de alzada constituye por sí una especialidad, y excluye por su naturaleza el de las demandas á que la ley de Enjuiciamiento civil se refiere, forzoso es interpretar y entender dicho precepto en el sentido propio de tales recursos, para que, una vez entablado, se sustancie por los trámites marcados á los incidentes, dentro de los que cabe la discusión y justificación de los derechos que se ventilan en estas alzadas, sin necesidad de recurrir al procedimiento más dispendioso y perjudicial de las demandas, que por lo expuesto no cabe dentro de tales recursos, dada su naturaleza, ya que las reclamaciones de esta índole pueden considerarse como incidentales de las tutelas registradas...» Siendo el propósito nuestro no discutir esta sentencia, sino simplemente deducir de ella cuál sea el criterio del Tribunal Supremo respecto á la naturaleza procesal del recurso establecido por el art. 310 del Código civil, ni una palabra vamos á decir que discusión ó crítica pudiera significar, aunque la materia se brinda por unos lados á la censura, y por otros al elogio. Y como nuestro propósito es sólo el indicado, con el texto vivo de esa sentencia á la vista afirmamos que, según el Tribunal Supremo, el mencionado recurso goza de una naturaleza especial, pertenece á una clase especial de *recursos*, sin paridad ni analogía dentro del procedimiento, porque es propia y única del recurso de alzada, pues se trata de un procedimiento mixto que tiene su base en el art. 310 del Código civil, y su desarrollo y comple-

mento en los trámites marcados para los incidentes. Así, pues, tal recurso no puede ser acumulado á un juicio ordinario, porque nunca concurrirá la condición esencial que exige la ley, ó sea que los juicios pertenezcan á la misma clase, dado que la naturaleza del juicio ordinario no tiene nada de especial ni de extraordinaria.

Una consideración para terminar. Contra los acuerdos del consejo de familia, dijo tiempo hace, según se hizo constar anteriormente, el Tribunal Supremo: «Sólo ha concedido la ley el recurso de alzada ante el Juez de primera instancia, sin fijar tramitación que pudiera afectar el carácter de pleito ordinario». «El concepto de alzada—ha dicho ahora el mismo Tribunal—constituye por sí una especialidad, y excluye por su naturaleza el de las demandas, á que la ley de Enjuiciamiento civil se refiere.» Mas si se aceptara como procedente la acumulación de una de esas alzadas á un juicio ordinario, resultaría evidentemente que el recurso afectaría «el carácter de pleito ordinario»; y que el *concepto de alzada no constituye por sí una especialidad que excluye por su naturaleza el de las demandas á que la ley de Enjuiciamiento civil se refiere...*, y la razón es sencilla. Tras de todo recurso de alzada entablado, siguiéndole tan de cerca como sigue la sombra al cuerpo que la proyecta, se entablará siempre el juicio civil ordinario *con el procedimiento más dispendioso y perjudicial de las demandas* para absorber y anular los efectos del recurso de alzada, que á primera ó á última hora será tramitado, en todo caso, cual si fuera un pleito ordinario de mayor cuantía, y resuelto al mismo tiempo que éste, ya que ese es el fin de toda acumulación de autos, quedando así sin valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y lo que es más aun: quedando borrado virtualmente el art. 310 del Código civil.

JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ.

Granada, Abril, 1904.

# REVISTA DE REVISTAS JURIDICAS

## ESPAÑOLAS

### Revista Jurídica de Cataluña.

(Números 2.° y 3.°, 1904. Barcelona.)

ENRIQUE LANFRANCO: *Las Sociedades mercantiles de responsabilidad limitada y nuestro Código de Comercio.*—Teniendo en cuenta lo interesante que es la doctrina sustentada en este trabajo, la *Revista Jurídica* lo transcribe íntegro, tomándolo de la Revista *Mercurio.*

Entre las clases mercantiles de España está generalizado el error de que, á tenor de nuestra ley mercantil, no se pueden constituir más Sociedades que las colectivas, comanditarias y anónimas, y las imperfectas de cuentas y partición. Este error es hijo de la rutina.

El autor del Código mercantil de 1829 se inspiró en un criterio de restricción y de intervención de la Autoridad en actos puramente particulares, y de ahí que los preceptos de aquel cuerpo legal, teniendo en cuenta el espíritu que los informa, han de interpretarse, en la generalidad de los casos, en sentido restrictivo, y en raras ocasiones en sentido extensivo. Así, pues, atendiendo al precepto del Código citado, la compañía mercantil sólo podía contraerse en las formas antes expresadas.

Desde aquellas remotas fechas la evolución económica ha alcanzado un radio de acción portentoso... De todas las instituciones que regula el derecho mercantil, ninguna ha adquirido un desarrollo tan rápido como la que nace del contrato de sociedad: el impulso de ésta no ha cesado ni un instante, ni cesa en el presente, ni cesará en el porvenir.

La primera forma de asociación mercantil en el orden cronológico de los tiempos, fué sin duda la colectiva, luego nació la comanditaria, después la accidental de cuentas y partición, y más tarde la anónima en sus variados aspectos.

Esta evolución ha obligado al legislador á establecer determinadas reformas, para amparar los nuevos organismos.

El legislador no podía prescindir de las enseñanzas que le suministraba esa evolución económica, y en su consecuencia, en su última obra legislativa de 1885, al ordenar todo lo referente á las diversas maneras y formas de constituir las sociedades de comercio, se inspiró en estos tres altos principios: 1.°, libertad amplia para los que se asocian, sin más limitaciones que las del orden lícito y honesto; 2.°, ausencia de la vida gubernativa en la vida social interna, y 3.°, publicidad de los actos sociales mediante el Registro mercantil, en cuanto dichos actos pueden afectar á terceras personas.

El Código de Comercio de 1885, como consecuencia del primer principio, declaró en uno de sus preceptos, que el contrato de compañía, otorgado con los requisitos esenciales del derecho, será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sea su forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que le constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en el Código. Indudablemente es, pues, que no hay necesidad legal, cuando se trata de constituir una sociedad, de encerrarse en aquellas cuatro formas primitivas antes enumeradas, sino que pueden adoptarse otras que sean radicalmente distintas de las mismas, ó bien que sean producto de combinaciones de unas y otras.

El propio Código, además, expresa en uno de sus preceptos, como regla general, que las Compañías mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas mencionadas; y al formular la excepción, por *regla general*, es indudable que afirma que pueden adoptarse otras. Más clara no puede ser la ley, y sin embargo, no se interpreta en este sentido.

Como consecuencia del segundo principio jurídico en que se inspiró el Código de 1885, no existe en él ningún precepto que conceda intervención á la Autoridad gubernativa en la vida interna de las sociedades, hecha excepción de las corporaciones mercantiles que su objeto sea alguna obra ó servicio público, cuyo cumplimiento podrá exigir, por consideraciones de orden social, el Estado, la Provincia y el Municipio, según la naturaleza del objetivo de la Corporación, por virtud del poder tutelar de estos organismos.

Como consecuencia del tercer principio en que se inspira nuestro Código de Comercio vigente, se previene en el mismo, que toda compañía de comercio, antes de dar principio á sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro mer-

cantil, de tal manera que, sin el cumplimiento de este requisito, las escrituras sociales surtirán efectos entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán á tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable, debiendo advertir que los documentos inscritos sólo afectarán á tercera persona, en cuanto se trata de perjuicio, desde la fecha de su inscripción.

La mayor parte de los códigos mercantiles extranjeros, en lo sustancial, refiriéndose á sociedades, se han inspirado en idéntico criterio, aunque en diversa forma, y á la sombra de ese principio de libertad se han creado poderosas compañías, especialmente en Inglaterra, Alemania y los Estados Unidos.

En Inglaterra, al amparo de ese espíritu expansivo de la ley mercantil y la sencillez de sus formas, se han constituído numerosísimas compañías de responsabilidad limitada para cada uno de sus partícipes (*limited*), para cuya constitución, sustancialmente, sólo hay que cumplir tres requisitos: 1.°, otorgamiento del acta de la asociación, que en la generalidad de los casos sólo consta de cinco artículos, cuyo contenido es el siguiente: *A*, se consigna el nombre de la compañía, seguido de la palabra *limited*; *B*, se fija el domicilio social; *C*, se expresa el objeto de la sociedad; *D*, se menciona la responsabilidad de los socios, y *E*, se fija el importe del capital social; 2.°, redacción del reglamento de la compañía, y 3.°, inscripción de la sociedad en el Registro correspondiente, dependiente del Ministerio de Comercio.

En España, á pesar que la constitución de sociedades limitadas no está prohibida por el Código, y en ese sentido pueden válida y legalmente constituirse, son escasísimas las que existen, no obstante que su generalización sería una poderosa concausa del desarrollo del comercio...

Termina el articulista su excelente trabajo, dirigiendo una excitación á las Corporaciones económicas de España y á la Prensa que se ocupa de cuestiones mercantiles, á fin de que por todos los medios que estén á su alcance procuren desvanecer el error en que incurren los que al comercio se dedican, al entender que dentro de nuestro Código no se pueden constituir esa clase de asociaciones...

JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ.

Granada, Mayo, 1904.

# HISPANO-AMERICANAS

## Revista de Derecho y Jurisprudencia.

(Núm. 3.°, Diciembre, 1903. Santiago de Chile.)

CARLOS ALDUNATE SOLAR: *Condición jurídica de las aguas en Chile.*—En la introducción de este trabajo, del que sólo inserta el número 3.° de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* la primera parte, hace constar el articulista que no existe en Chile una legislación especial sobre aguas, siendo, además, escasas las prescripciones sobre la materia que se encuentran en los Códigos y en el Boletín de leyes y decretos del Gobierno. La explicación de este vacío la da el articulista. Y para suplir el vacío que en la legislación de aguas existe, presenta el mismo articulista un cuerpo ordenado de doctrina, comprensivo de todo lo que hay en su país sobre la materia que estudia, «sean leyes ó decretos, prácticas ó jurisprudencia, hechos y necesidades industriales, á fin de fijar las doctrinas y de señalar los vacíos y defectos que el legislador debe llenar». La primera parte del trabajo á que venimos refiriéndonos, se adapta al pensamiento que lo inspira de modo muy digno de alabanza.

I. *Generalidades.—Clasificación.*—En la parte que el articulista estudia bajo el epígrafe «Generalidades», consígnase que las aguas son susceptibles de *derechos*, «juegan como *cosas* en el mecanismo de las relaciones jurídicas de los pueblos y de los individuos». Las aguas son *corporales*, y aunque naturalmente *muebles*, en muchas ocasiones y en ciertos conceptos forman parte de la propiedad raíz. Cosa interesante es determinar el carácter *mueble* ó *inmueble* de las aguas, constituyendo esto un problema más complejo de lo que á primera vista parece, que el articulista desarrolla en sus diversos aspectos, atendiendo á los actos judiciales y extrajudiciales, llegando á afirmar como conclusión, que, «sin atenderse á las circunstancias, sin hacer una distinción muy completa entre las diferentes especies de aguas y entre los diferentes derechos de que ellas pueden ser objeto, no se puede decir si el agua es una cosa mueble ó inmueble, ni se pueden resolver numerosas cuestio-

nes de derecho relacionadas con este problema». Después se consigna una calificación de las aguas, teniendo en cuenta la legislación chilena.

II. *Aguas pluviales.*—Corresponde este epígrafe á la última parte conocida del trabajo que extractamos. Se dice que generalmente las legislaciones guardaron silencio sobre el dominio de las *aguas de lluvia;* pero la doctrina y la jurisprudencia, en particular la francesa, han estado de acuerdo en considerarlas como una accesión de la propiedad sobre que descienden. Este principio ha sido consagrado en Francia por la ley de 8 de Abril de 1898, punto decidido antes por la ley española de Aguas de 13 de Junio de 1879.

El Código civil chileno, como el antiguo francés, no resuelve expresamente la cuestión, pero contiene disposiciones que no permiten abrigar dudas en orden al dominio de las aguas *pluviales.*

Una sencilla distinción aclara la materia. O se trata de aguas que se detienen ó circulan dentro de un predio, ó se trata de aguas que traspasan los límites de una heredad. En el primer caso, las aguas *pluviales* pertenecen al dueño del suelo, como un atributo de su cosa, si se quiere por *accesión.* En el segundo, siguen la condición de las aguas corrientes, bien definida en el Código civil chileno. El art. 595 de este Código dice que todas las aguas que corran por cauces naturales son bienes nacionales de uso público, exceptuando solamente las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, y como esta regla es absoluta, tiene que aplicarse á las aguas *pluviales* que discurren por diversas propiedades...

Aplicables á las aguas de esta especie son los arts. 833, 834, 835 y 836 del Código civil, artículos que se reproducen literalmente; por el primero de esos artículos se establece una servidumbre respecto á los predios inferiores sobre los superiores para el paso de las aguas, servidumbre que se reglamenta; el segundo concede derecho al dueño de toda heredad para aprovechar las aguas, que naturalmente discurren por ella, aunque no sean de su dominio privado, para los menesteres domésticos, riego de la misma heredad, para dar movimiento á sus molinos ú otras máquinas y abrevar animales; el tercero reglamenta el uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que por ella discurren, y el cuarto declara que las aguas que corren por entre dos heredades corresponden en común á los dos ribereños. En el mismo capítulo que los artículos anteriores del Código civil, se halla el 838: «El dueño de un predio puede servirse como quiera de las *aguas lluvias* que corren por un camino público y torcer su curso para servirse de ellas.» Cita y reproduce el articulista la ley de Caminos de 17 de Diciembre de 1842,

ley que considera derogada por el Código civil, en cuanto se refiere á las aguas que discurren por los caminos.

Teóricamente, el art. 838 del Código civil merece al articulista atinadas observaciones. De más importancia práctica que ese precepto legal es el art. 879 del mismo Código: «No hay servidumbre legal de *aguas-lluvias*. Los techos de todo edificio deben verter sus *aguas-lluvias* sobre el predio á que pertenecen, ó sobre la calle ó camino público ó vecinal, y no sobre otro predio, sino con voluntad de su dueño...» El derecho de verter las aguas pluviales á las calles ó caminos, está modificado por el núm. 11 del art. 25 de la ley de Municipalidades de 1891, según el cual corresponde á estas Corporaciones «impedir que las *aguas lluvias* caigan sobre las vías públicas desde los edificios». La regla del art. 879 no implica una prohibición de establecer la servidumbre voluntaria de *aguas-lluvias*, pues el art. 880 autoriza á los dueños de los predios para establecer voluntariamente las servidumbres que quieran y para adquirirlas, «con tal que no dañe con ellas el orden público, ni se contravenga á las leyes». Las servidumbres de aguas pueden ser adquiridas por prescripción, pues en la legislación chilena no existe disposición que eso prohiba, existiendo, en cambio, numerosas sentencias de los Tribunales, en las que se ha reconocido ese modo de adquirir dichas servidumbres. El núm. 11 de la ley de Municipalidades citada antes, impide, sin embargo, que la servidumbre de aguas pluviales pueda ser adquirida por prescripción respecto á los edificios; pero eso tiene el carácter de medida de policía, contra la cual no hay prescripción posible. Pero aun así, si se trata de edificio construído antes de 1891, debe ser respetado el derecho de servidumbre adquirido sobre la calle pública.

Las aguas pluviales se utilizan en Chile en forma digna de consideración especial. Esas aguas son recogidas en pantanos artificiales para ser utilizadas en la temporada estival. Depósitos de esa naturaleza existen en los ríos que nacen en la cordillera de los Andes, como los de las lagunas del Huasco, construídos recientemente por el Estado, y el de la laguna de Alicahue, terminado en 1894.

Es incontestable el derecho del dueño de la cuenca de un pantano artificial para almacenar en él las aguas pluviales que caen en su propiedad. Ninguna dificultad puede suscitarse cuando todo el depósito hidrográfico pertenece á un solo dueño y cuando las obras no interceptan el curso de las aguas corrientes sobre las cuales pueden tener derecho los predios inferiores; pero será ésto excepcional. Lo general será que en pantanos de esa especie se recojan, no sólo aguas pluviales del predio en que se ejecute la obra, sino

aguas de la misma clase de los fundos superiores, corrientes de dominio privado y nacionales de uso público, y aun venas de aguas subterráneas que pueden ser alimento de lejanos manantiales. Las leyes chilenas no han previsto situaciones semejantes, ni para garantir los derechos adquiridos de los dueños de los predios inferiores, ni para facilitar la construcción de aquella clase de obras.

JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ.

Granada, Mayo, 1904.

---

# FRANCESAS

---

**Nouvelle Revue historique de Droit française et étrangère.**

G. ARON: *Estudios sobre la condición jurídica de los sacerdotes en Roma: Las vestales y el flamín de Júpiter.*—El autor hace el estudio sobre textos auténticos y contemporáneos á las instituciones sacerdotales, objeto del mismo.

Las vestales y el flamín, ministros de un culto de la más antigua época conocida en Roma, eran muy venerados por los romanos, que reconocieron en su favor innumerables privilegios. El edicto del Pretor relevaba del juramento al flamín y á las vestales; y cuando una de éstas encontraba en su camino á un condenado á muerte, se le indultaba; si el encuentro era con el flamín, cuando no se le perdonaba, se aplazaba al menos la ejecución para el siguiente día.

Ambos estaban fuera de la *patria potestad*, y sometidos al poder del Pontífice Máximo.

Estos dos puntos constituyen el objeto del presente artículo.

La situación jurídica de la vestal y del flamín respecto de su familia, se caracteriza por las dos proposiciones siguientes:

1.ª La vestal y el flamín salen de la patria potestad, la primera por la *capio*, y el segundo por la *inauguratio*, según afirman Gaius y Ulpiano.

2.ª La vestal y el flamín se emancipan sin sufrir ninguna *capitis diminutio*, según ha demostrado Aulo-Gelio respecto de la primera, y Gaius del segundo.

Estos dos términos resultan completamente antitéticos. Para

armonizar ambos principios se han buscado varias explicaciones. Según unos, la patria potestad no terminaba, sino que solamente se suspendía; según otros, si bien es cierto que la patria potestad terminaba por completo, por no ser la *capitis diminutio* absoluta pérdida de toda personalidad, el menosprecio en que ésta caía se compensaba con las ventajas y honores del sacerdocio.

La primera opinión está completamente desacreditada.

Las vestales y el flamín, según prueba el autor con numerosos textos, salen de su familia agnaticia mientras dura su cargo, y pierden sus derechos sucesorios, así como la familia los pierde también con relación á ellos.

Examina el autor después la situación jurídica de estos sacerdotes en relación con el Pontífice Máximo.

Tiene este supremo sacerdote sobre aquéllos la jurisdicción penal. Respecto de los derechos civiles, su autoridad debía ser escasa.

Concretándonos á las vestales, los casos de intervención del Pontífice Máximo, señalados por los textos, eran los siguientes:

1.° Cuando la vestal dejaba apagar el fuego sagrado.

2.° Cuando cometía incesto.

En el primer caso, la vestal era condenada á la pena de azotes. De la conservación del fuego sagrado se consideraba pendiente la grandeza y el poder de Roma, y de aquí la necesidad de cuidar de él. Además del castigo, se hacían funciones de desagravios, y de la aplicación de aquél dan fe dos textos precisos que inserta el autor, de los siglos II y III antes de J. C.

Respecto del segundo caso, la vestal que violaba su voto de castidad, era condenada á ser enterrada viva.

Este suplicio, que tenía un origen remotísimo, persistió durante mucho tiempo, como lo prueba el hecho de ser aplicado en tiempos de Domiciano y Caracalla. El temor de tan grave castigo era el medio de imponer el cumplimiento del voto cuando la fe había desaparecido.

En el proceso intervenía el Colegio de Pontífices, presidido por el Pontífice Máximo.

Esta intervención, que no se da en el caso anterior, podía tener un carácter deliberánte ó meramente consultivo.

Estudiando diferentes procesos, y especialmente la autoridad semipaternal, semimarital, que el gran Pontífice tenía sobre las vestales, el autor se inclina á la segunda opinión. El gran Pontífice debía oir al Colegio como el padre á los parientes próximos cuando castigaba gravemente al hijo; pero podía, una vez cumplido este requisito, apartarse totalmente de su opinión.

El autor cita, entre varios, un caso interesante en el que, acusadas tres vestales, el Pontífice y el Colegio condenan á una sola, y el pueblo, encontrando injusta la sentencia y siguiendo la proposición do un tribuno de la plebe, nombra un juez especial encargado de revisar el proceso, y son condenadas, además de las tres, otras varias.

No solamente eran castigadas las vestales, sino también sus cómplices. A éstos no se les enterraba vivos, sino que se les azotaba hasta que sobrevenía su muerte.

Hay numerosos ejemplos de estos hechos, y es de notar que, por una supervivencia de la justicia primitiva, el Pontífice Máxino, no solamente condenaba, sino que por sí mismo ejecutaba la pena.

Con relación á los flamines, los Pontífices Máximos podían castigarles, multándolos, cuando abandonaran la ciudad. De todos ellos, el flamín de Júpiter era el más sujeto, siendo el único de los tres flamines mayores á quien en tiempo del Imperio le estaba todavía prohibido abandonar á Roma; solamente el Pontífice Máximo podía por causa de enfermedad autorizarle para residir *dos* días fuera de la población.

Cuando llega el caso de juzgar á un flamín culpable, el pueblo resuelve en último término como árbitro entre el Colegio de Pontífices y el Pontífice Máximo.

Este puede, por grave negligencia en el desempeño de su cargo, expulsar á un flamín del sacerdocio.

Tiene, por lo tanto, poder y autoridad sobre él.

Queda con esto demostrado la analogía de las vestales y los flamines, respecto á la autoridad que sobre ellos gozaba el Pontífice Máximo; las diferencias son, sin embargo, grandes, sobre todo si atendemos á la intensidad de la pena (castigo corporal y muerte, ó multa), y al carácter de perpetuidad que tienen los votos de las primeras, mientras que los segundos pueden terminar por la voluntad de los Pontífices.

La explicación de estas diferencias está en el diverso carácter del poder que el Pontífice Máximo ostenta sobre ambas instituciones.

El Pontífice tiene sobre las vestales una absoluta autoridad familiar. Sea esta autoridad marital (lo que se demuestra por la analogía de ceremonias y traje de la desposada, y la vestal que ingresa en el Colegio), ó sea la autoridad paterna, lo cierto es que el supremo sacerdote tiene unos poderes absolutos completamente análogos á los del *pater familia* sobre su mujer é hijos, y que ejecuta sus fallos de un modo privado, siendo excepcional y relativamente moderna la intervención del pueblo.

Por otro lado, el poder del supremo sacerdote sobre los flamines tenía un carácter público.

No era á modo de padre, sino de magistrado, como ejercía la potestad. Por eso existía siempre la intervención popular, y por eso las penas cambiaban por completo de carácter.

Síntesis de estas diferencias es la distinta manera de entrar cada uno en el sacerdocio: la *capio* y la *inauguratio* eran perfectamente inconfundibles en los primeros tiempos de la civilización romana, siquiera sus efectos fueran después análogos, en cuanto sometían á las vestales y á los flamines á la autoridad del Pontífice Máximo.

FABIEU THIBAULT: *El impuesto directo y la propiedad territorial en el reino de los lombardos.*—Comienza el autor en este número el estudio de tan oscura materia, como es la vida fiscal de estos primeros tiempos de la Edad Media.

Entre las diversas organizaciones del Fisco en aquella época, la de los lombardos debió ser la más sencilla, puesto que se encontraron al establecerse en Italia un régimen fiscal uniforme, establecido por los bizantinos.

Estudia después el autor la administración bizantina en Italia, en la que influyeron los precedentes romanos, y algo, aunque poco, las innovaciones que en su corta dominación introdujeron los ostrogodos. Del examen de esta cuestión se hace detenido cargo el autor.

Entra después en el estudio de las opiniones de los tratadistas sobre los cambios introducidos por la conquista lombarda en la condición de las personas, en el régimen de la propiedad territorial y en la organización del impuesto directo, deteniéndose minuciosamente en el examen del primer punto, dejando los demás para subsiguientes artículos.

El estudio es detenido y muy documentado. Las diferentes clases sociales de los lombardos son estudiadas por el autor con numerosas citas, terminando la primera parte del trabajo con el examen de algunos textos sobre la situación de las personas de origen romano: examen hecho con la mayor escrupulosidad.

A. ESMEIN: *C. Accarias* (1831-1903).—Biografía de este ilustre romanista y civilista, recientemente muerto, C. Accarias, hecha por un distinguido discípulo suyo.

H. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE: *El matrimonio con la hermana consanguínea.*—El capítulo XX del *Génesis*—dice el autor—presenta un interés jurídico. Sara, mujer de Abraham, era hermana consanguínea suya.

Este matrimonio entre hermanos, hijos de distintas madres y del mismo padre, fué después prohibido á los judíos. El *Deuteronomio* (1) declara maldito al que se une á su hermana, sea sólo hijo de la misma madre ó *del mismo padre*. Este cambio de legislación constituye una revolución considerable en la historia de los impedimentos del matrimonio.

En el Ática, en la época más brillante de la historia de Atenas, esta revolución no se había aún verificado; una ley, atribuída á Solón (2), dice que el matrimonio está permitido entre ὁμοπατρίος ó hijos del mismo padre; pero que entre ὁμομτρίους ó hijos de la misma madre, estaba terminantemente prohibido.

Un siglo más tarde, Archeptolis, hijo de Temístocles, se casa con su hermana consanguínea, hija de distinta madre, y Cimon contrae matrimonio en iguales circunstancias.

Estos momentos de la evolución jurídica de los impedimentos del matrimonio, están corroborados por la etimología y sentido primitivo de la voz griega «hermano y hermana» (3), que no significaban sino hermanos uterinos ó de la misma madre, dándo el mismo resultado la etimología sanscrita de esta misma raíz.

Además, tal importancia tiene entre los griegos el parentesco por línea materna, que consideraban como extranjeros á los hijos de un griego y una extranjera.

Esto da lugar á varias cuestiones, que el autor simplemente plantea.

E. GARCÍA HERREROS,
Profesor A. en la Universidad de Madrid.

---

# ITALIANAS

## Rivista italiana di Sociologia.

(Septiembre-Diciembre, 1906).

G. SERGI: *La Sociología de Herberto Spencer*.—En el vasto concepto de *un sistema de filosofía sintética*, Spencer establece

(1) XXVII, 20.
(2) Siglo VI antes de nuestra Era.
(3) ἀδελφὸς y ἀδελφή.

tres formas de evolución, ligadas una á otra: la inorgánica, que sería la de la astrogenia y la geogenia; la orgánica, que comprende la biología con la psicología; y la superorgánica, que se refiere á los fenómenos, humanos sobre todo, no individuales, sino en colectividad ó sociales. La Sociología, pues, es la ciencia de los fenomenos que se producen más allá y por encima del mundo orgánico, aunque no separadamente de él, y por tanto, no independientes, sino sobre él, que sirve de base y fundamento principal y natural.

De esta suerte, la Sociología no sería una parte de la Biología; antes bien, estaría sobre ella, como una superestructura. Spencer, pues, rinde honor á su más inmediato predecesor, Augusto Comte.

Pasando á los factores ó datos de la vida social, y por consiguiente, también de la ciencia sociológica, Spencer distingue los externos de los internos. Los primeros comprenden el medio donde vive el hombre (el clima, la tierra con sus variaciones). En los segundos, las condiciones físicas y psíquicas del hombre mismo con todas las variantes derivadas del estado psíquico primitivo. Spencer investiga el hombre primitivo con sus ideas y sentimientos, describiendo los varios y múltiples estados de que han salido las ideas del alma, de la muerte, de la resurrección, de la otra vida, de los agentes sobrenaturales, del culto, etc.

Fúndese con la Sociedad misma, sin que en los orígenes pueda separarse de ella, la familia (endogámica ó exogámica-monogámica, poligámica ó poligínica), obedeciendo al hecho biológico de la conservación de la especie. El egoísmo dominante en las sociedades actuales, impregnadas todavía del espíritu violento (militarista), impide desarrollarse el tipo familiar hacia condiciones superiores, dándose, por consiguiente, una sumisión de los derechos de la mujer y de la prole. En el porvenir, con el desarrollo del industrialismo y la desaparición del militarismo, las instituciones domésticas sufrirán profundas transformaciones. La monogamia, como la forma última de la unión sexual, se completará y se extenderá; serán extirpadas la promiscuidad y el adulterio. La unión legal no será sólo formal, sino que coexistirá con el vínculo natural del amor, disolviéndose cuando deje de existir éste. Se adelantará hacia la igualdad de los sexos en lo social y lo moral. Cuanto á los hijos, se inclina á creer que la familia, libertada de la sujeción del Estado, podrá tener más autoridad sobre la prole; pero no sabe hasta qué punto se ejercitará esta autoridad eficazmente sobre los hijos sin ofender los derechos de éstos.

Desde las instituciones domésticas pasando á las instituciones religiosas, Spencer, para el cual es un postulado la existencia del

Incognoscible, tiende, á su manera, á conciliar la Ciencia con la Religión, sin que esto le impida poner un límite á la función religiosa en cuanto ejercitada por un órgano especial diferenciado, el sacerdocio, una vez que la evolución social entre en el tipo contractual ó industrialista. Entonces la autoridad religiosa disminuirá ante la autoridad creciente del conocimiento de las causas naturales, consecuencia del progreso de las artes industriales. Volviendo siempre sobre el concepto del Incognoscible, exclama: «Sólo hay una verdad que cada día se hace más luminosa, á saber: que existe un Ser inexcrutable, manifiesto en todas partes, y del que no se puede conocer ni el principio ni el fin. En medio de misterios tanto más oscuros cuanto más profundamente en vano los investiga el pensamiento, se eleva la certidumbre absoluta de que nos hallamos siempre en presencia de la fuerza infinita y eterna de donde proceden todas las cosas.»

Finalmente, las instituciones políticas, la doctrina del Estado, es decir, la organización pública de la cooperación, con sus efectos y sus peligros, en cuanto una organización constituída, es un obstáculo para la reorganización.

Y de toda la doctrina de las instituciones domésticas, religiosas, políticas, se llega á la fijación de los dos tipos sociales de organización: el militar y el industrial; expresion el uno de la voluntad impuesta y el otro de la voluntad, libremente cambiada, del contrato; tipos en lucha hoy día, de cuyo éxito depende el triunfo de la barbarie ó el de la civilización pacífica.

Cualquiera que sea el juicio presente y futuro de la obra spenceriana, ciertamente colosal en el contenido como en la extensión, un hecho queda absolutamente cierto: la grande influencia que ejerció en la ciencia social. De esta influencia deriva un movimiento científico que cuenta ya medio siglo y una rica literatura de ciencia social renovadora del pensamiento científico, con una tendencia manifiesta á las aplicaciones prácticas de los principios que guian la evolución de la vida colectiva hacia un estado pacífico más equitativo y saludable.

CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS.

# ALEMANAS

**Zeitschrift für das Privat-und Oeffentliche Recht der Gegenwart.**—Tomo 31, cuaderno 2.º, Viena, 1904.—*Sobre el llamado derecho de reversión de los parientes en el Proyecto de Código civil húngaro*, por el *Dr. Géza Kiss.*

El Proyecto de Código civil húngaro publicado en 1900, se halla notablemente influído por el Código civil alemán, que en ese mismo año entró en vigor.

Entre las instituciones sustraídas á ese influjo hay una interesante, que constituye una desviación de los restantes derechos europeos (1): el derecho de reversión á favor de los ascendientes y parientes colaterales.

Mientras los Códigos modernos regulan la distribución de los bienes hereditarios sobre el principio de la unidad, hacía el derecho húngaro (excepto en la herencia descendente) una distinción entre bienes heredados y bienes adquiridos por el causante. En estos últimos hereda, á falta de descendientes, el cónyuge, y en su defecto los ascendientes y colaterales, según el sistema de parentelas. En los bienes heredados (entendiendo por tales los dejados por los ascendientes á los descendientes) reina, para el caso de no existir descendientes, el principio de troncalidad, según la máxima *paterna paternis, materna maternis*; es decir, pasan los bienes á la rama de donde proceden, siguiendo en ella para la distribución el sistema de parentelas. Así, por ejemplo: el tío materno excluye al padre en la herencia de bienes procedentes de la madre. La viuda tiene un usufructo sobre la herencia toda; el viudo no.

El derecho de reversión tiene sus orígenes en el derecho feudal. En Roma no existió, aunque sin duda era conocida la distinción entre bienes adquiridos y bienes heredados. En la Edad Media aparece, en el derecho germano, la idea de la troncalidad. Varias fuentes de derecho frison, franco y suizo reconocen ese principio. Regíanse especialmente por él los *bienes de aldeanos*. Análogo

(1) Quizá para hacer esta afirmación, repetida luego en forma más absoluta, no tuvo en cuenta el autor algunas prescripciones de nuestros derechos forales y el mismo art. 811 del Código español.—(N. del T.)

era el estado del derecho consuetudinario francés hasta el Código Napoleón.

La máxima *paterna paternis, materna maternis*, tiene hondas raíces en derecho húngaro. En el año 1351, bajo el reinado de Luis el Grande, fué introducida la institución de la *Aviticidad*, que estableció la idea fundamental del *patrimonio familiar*. Cesó realmente, según ese sistema, la propiedad de los particulares sobre los bienes heredados. La propiedad pertenecía á la familia, á la generación; el poseedor de los bienes era sólo un usufructuario con prohibición de enajenar *inter vivos* y *mortis causa*, mientras existiera alguien de la familia del adquirente.

Los bienes recaían en los hijos legítimos, y faltando éstos, en los parientes más cercanos del causante que fueran al mismo tiempo descendientes del *primer adquirente* de los bienes.

Este sistema fué suprimido por ley del año 1848 y patente de 1853. La Comisión encargada en 1861 del restablecimiento del derecho húngaro mantuvo la supresión en su lado real, especialmente por lo que hace á la facultad de enajenar; pero mantuvo la idea de la reversión en el derecho hereditario.

El Proyecto de Código húngaro conserva la idea fundamental del derecho de reversión, rechazada por los modernos códigos.

Véanse sus efectos, en comparación con el derecho alemán. Según éste, reciben la herencia, á falta de descendientes, los ascendentes y colaterales, siguiendo el sistema de parentelas, es decir, el padre y la madre, y en representación, si faltan, sus descendientes; sólo cuando no hay ningún representante de la primer parentela entra la segunda, los abuelos, y en representación de los que falten, sus descendientes, etc. El cónyuge recibe una cuarta parte de la herencia, en concurrencia con parientes del primer orden, y una mitad concurriendo con parientes del segundo. Tal es el sistema alemán.

El derecho de reversión húngaro procede de este modo: si todos los bienes hereditarios son *heredados*, por ejemplo, de la línea materna, hereda, á falta de descendientes, la madre, y en su defecto, sus descendientes; en segundo grado, los abuelos maternos y sus descendientes, siguiendo el sistema de parentelas. Los parientes por línea paterna y el padre mismo, no son llamados en ningún caso.

Es preciso reconocer que el sistema alemán ofrece ventajas en muchos casos:

1.º Cuando un pariente muy lejano, con derecho á reversión, concurre con un pariente más cercano de la línea excluída. El sis-

tema húngaro, queriendo perpetuar la voluntad del primer adquirente, lesiona la presunta del causante de la herencia.

2.º El llamamiento de los cónyuges carece de sistema en el derecho húngaro, por recibir el sobreviviente toda la herencia si los bienes son adquiridos, y nada si son heredados. Usufructo se concede á la viuda, pero no al viudo.

3.º La dificultad de investigar el origen de los bienes.

Mas de otro lado ofrece, en ciertos casos, el sistema de reversión, ventajas, y supera, como justo, al de los demás códigos, en cuanto mantiene el principio de que «lo que reciben los hijos de los padres, debe conservarse en poder de aquéllos».

Supongamos varios hijos solteros que han heredado de su padre. Muere uno de ellos y, según el sistema alemán, recibe la madre la mitad de la herencia, y los hermanos la otra mitad; muere después otro, y vuelve á recibir la madre la mitad de la herencia; y así ocurre, que los bienes que el padre destinó, ó había destinado, para los hijos, pasan á la esposa. El sistema de reversión, por el contrario, da los bienes íntegros de cada uno de los hermanos que mueren, á los hermanos que quedan.

Los juristas húngaros se hallan divididos en dos tendencias opuestas. El redactor de la parte de derecho de sucesiones en el Proyecto, se inclinó á una composición, conservando la idea de la reversión y poniéndole límites allí donde ofrece desventajas. Así resulta:

1.º La reversión se limita á la parentela de los padres y de los abuelos.

2.º Un pariente más lejano no puede excluir, basado en el derecho de reversión, á uno más cercano. Así se evita que el abuelo ó el tío segundo, etc., de una línea, excluyan al padre, á la madre ó á descendientes de éstos. Significa esto que cuando concurren el principio del parentesco de sangre con el de origen de los bienes, vence este último sólo en el caso de condiciones mejores ó iguales de proximidad.

3.º Para evitar, en parte, la investigación de origen, excluye el Proyecto de derecho de reversión, los bienes recaídos en el causante con anterioridad á treinta y dos años desde la fecha de la muerte.

4.º El derecho á reversión se considera como legado legal que grava al heredero.

A pesar de estas limitaciones, resulta todavía injusto el sistema del Proyecto al aplicarlo á la parentela de los abuelos (por ejemplo, un tío de la causante puede privar al viudo de los bienes heredados reclamándolos como legado legal en virtud de la reversión).

Como conclusión: el sistema de reversión no es beneficioso sino limitado al segundo orden, ó sea á los padres y sus descendientes por parentelas.

***

**Sobre revisión del Código civil** (austriaco).—*Estudio de política legislativa*, por *Joseph Unger*.—(Es la introducción á un tratado que el autor tiene aun sin terminar. Aunque de corto alcance, ofrece interés por la significación de Unger entre los juristas austriacos.)

Va á hacer pronto un siglo que el Código entró en vigor (1.º de Enero de 1812). En ese tiempo se ha acreditado brillantemente, ha penetrado en todas las capas sociales, ha ganado los espíritus y los corazones, y es para el austriaco un motivo de orgullo. Es de hecho, con relación á su época, una obra maestra, distinguiéndose por su brevedad, su lenguaje popular y su moderación en las referencias. Lo refresca el ambiente del siglo XVIII, y contiene algunos preceptos celebrados recientemente como conquistas y progresos del Código alemán (así el fundamento, si bien no la fórmula, del interpretar y juzgar, según *Treu und Glauben*).

Una ojeada sobre el Código da la impresión de que sus autores, especialmente *Zeiller* (de la escuela de Kant), quisieron compensar la falta de libertad política con un exceso de libertad civil. Así la mujer se iguala al hombre en el orden del derecho privado; la mujer casada goza, en cuanto á su persona y á sus bienes, toda la libertad y autonomía compatibles con la esencia del matrimonio; la separación de bienes es el sistema legal, y los esposos son independientes en orden á los bienes. El poder paterno (1) es una protección, siguiendo la idea alemana, y termina con la mayor edad; el padre no goza de usufructo sobre los bienes del hijo (2). En otro orden, libertad de contratación y libertad de forma (si bien limitación moral); libertad para la formación de asociaciones con personalidad jurídica; libertad de testar (testamento oral, escrito, ológrafo) (3).

A pesar de todo, hállase el Código necesitado de reforma.

Las normas jurídicas son producto de evolución histórica, engendro de la vida económica y espiritual de un período determinado. En un siglo se han operado transformaciones colosales. Cuando

(1) La madre comparte ese poder.

(2) Unger halla injustificado ese usufructo admitido por el Código francés, el alemán y el proyecto de Código suizo.

(3) Este tan sin trabas, que ni aun necesita expresión de fecha y lugar.

el Código se hizo no se tenía noción de una *misión social del derecho privado* (Gierke, Menger, Frank), de una *socialización del derecho* (Ludwig Stein), de un *ideal social* (Stammler, Dernburg, Crome, Endemann, Schneider), ni aparecía con clara conciencia que la legislación debe proteger al débil contra el fuerte en el orden económico (un precepto que se halla ya en el código *Hammurabi*, si bien no en el sentido económico).

Tiene el Código, por otra parte, lagunas ó vacíos (1). Carece total ó parcialmente de prescripciones sobre *cargas reales*, *derecho de vecindad*, *recompensas* ofrecidas sin determinación de persona (Auslobungen), *contratos á favor de tercero*, *reconocimiento y aceptación de deuda*, *documentos al portador*, *comunidad general de bienes intervivos*, *comunidad de gananciales* y *derecho internacional privado*. No hay que decir que carece de prescripciones referentes á esos derechos que luchan modernamente por reconocimiento, como *derecho al nombre* (armas y sello), al *título* de libros y periódicos, á la *propia imagen*, á *cartas*, etc.

En todos estos casos necesita el juez hacer de legislador. El párrafo séptimo dice que ha de decidir según *los fundamentos naturales del Derecho* (la intención de los autores era, sin duda, el *derecho natural* del siglo XVIII).

Ofrece esto la ventaja de evitar el acartonamiento del Derecho, y permitir que el juez llene esos vacíos en una forma adecuada á la conciencia jurídica actual; pero necesita tener un límite para no conducir á la supresión de los Códigos que establecen (sólo en un cierto grado) el *jus certum*. El arte de la legislación consiste en guardar un punto medio entre la demasiada generalidad y el detalle excesivo.

El lado más débil del Código austriaco, es el lado técnico, específico jurista. Su sistema es equivocado, contiene definiciones, su idioma no es el moderno, ni sus ideas las nuevas; está, en una palabra, anticuado.

Los autores previeron la necesidad de revisión. Unger la señalaba en 1855 como el «último fin práctico de la nueva dirección» de civilistas austriacos. Modernamente la han reclamado Menger y especialmente Ludwig Mitteis. (Unger combatía en 1891, en el Senado, una petición de revisión, fundado en la impresión deprimente producida en 1888 por la aparición del primer proyecto alemán.)

---

(1) Acerca del concepto, alcance y especies de estos en general, un discurso doctoral de Zitelmann: «Lücken im Recht», 1902.

A pesar de su conveniencia, no es de esperar la revisión en largo tiempo. La revisión del Código civil no hallaría tan general resonancia como la del Código penal. Aparte de la «dulce costumbre» de utilizar ese cuerpo legal, hay impedimentos graves: lo referente al matrimonio, que encendería de nuevo la lucha entre Estado é Iglesia; las desdichadas contiendas políticas y nacionales que no dejan espacio á una actividad legislativa tranquila.

Renunciando á una transformación completa, es preciso pensar en la reforma parcial. Mas esta no ha de consistir en la nueva formación de trozos ó instituciones completas que lo necesitan, como la posesión, la reparación de daños ó la prescripción, sino en la sustitución de preceptos aislados que se hallan en discordancia con la época moderna; es decir, correcciones á modo de mosáico, enmiendas de carácter enteramente positivo, como el plazo de la mayor edad, el número de parentelas llamadas á heredar, los plazos de prescripción, etc.

Este camino de las enmiendas por medio de *Novellas* parece adoptar también *Ofner* con su proposición al Congreso (Noviembre 1902) sobre la mayor edad y algunas relaciones jurídicas de los menores.

JOSÉ CASTILLEJO.

Berlín, Abril 1904.

# ANALES DE DERECHO INTERNACIONAL

## EL PRINCIPIO DE LAS NACIONALIDADES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Difícilmente se encontrará una cuestión tan importante ni que tanto interese al Derecho internacional, como la que se refiere al principio de las nacionalidades; ninguna como ella ha dado lugar á tantas discusiones; ninguna como ella ha producido en la realidad histórica tan trascendentales efectos y tan múltiples y variadas consecuencias: la nacionalidad ha sido y es la palabra en torno de la cual se riñen las grandes batallas, y es que ella es á la vez blanco de muchos odios y el símbolo de las nobles aspiraciones que palpitan en la mayor parte de los pueblos.

Como antecedente necesario del problema de que nos vamos á ocupar, es necesario advertir que no debe de ningún modo confundirse la nación con el Estado, como lo hacen algunos autores, puesto que una comunidad política, para tener el carácter de Estado, necesita como requisitos que se trate de una sociedad organizada, residente en un territorio y con una autoridad que la dirija y represente, mientras que la nación no necesita, por un lado, algunos de estos caracteres, y de otro, exige más que el Estado, que posteriormente estudiaremos.

El fin del Derecho internacional debe ser hacer todo lo posible para acercar la nacionalidad al Estado, y éste á aquél, á

pesar de que la época presente ha tenido por principal objeto reconstituir las antiguas nacionalidades. Suiza y nuestra misma Península son una prueba evidente y palpable de la distinción entre la nación y el Estado, puesto que vemos en uno y otro país pueden vivir formando parte de un Estado las nacionalidades más diversas, como puede una nación estar fraccionada en diversos Estados. La soberanía del Estado es el verdadero signo de que existe. Podemos decir con Vattel que toda nación que se gobierna á sí misma, en cualquier forma qué sea, sin depender de un extranjero, es un Estado soberano.

Ahora bien: hay un acuerdo casi unánime para distinguir la nación del Estado; hay también acuerdo para reconocer que existe una situación anormal, que es necesario que cambie; convendría que cada nación tuviese un gobierno separado; en resumen: que los límites de los Estados coincidiesen con los de las naciones. Pero ¿cuáles son los límites de las naciones? ¿Cuál es el carácter distintivo de la nación? ¿Cuál ha de ser la nota específica que incline nuestro espíritu á decir este territorio forma una nación, ó corresponde más bien á una que á otra?

Y surgen para resolver esta cuestión multitud de opiniones de los más renombrados tratadistas de derecho público en general, y en especial de Derecho Internacional, que se afanan por resolver el problema; pero la mayor parte, si no todas, influídas por el espíritu del patriotismo, porque hay que reconocer que aun á los hombres de más talento les es difícil sustraerse del medio ambiente que les rodea.

Ya buscan el criterio para la formación de las naciones en las fronteras naturales, pretendiendo que los pueblos tienen sus límites marcados por la misma tierra en las cordilleras, los ríos y las aguas de los mares, ó en la identidad de la idea de la nación con la de la raza, que ha dado lugar á las tendencias panslavista y pangermanista de los pueblos ruso y alemán, ó en la igualdad de la lengua; ya lo encuentran otros en el inseguro criterio de la historia, en el de la religión y en el

del interés, ó, como Mancini, en la unidad moral de un pensamiento común, ó, como Mamiani, en la voluntad y querer de los pueblos de formar nación y tener gobierno separado, sin que deje de haber pueblo que, como el suizo, en su orgullo nacional estribe las diferencias entre las nacionalidades en el distinto grado de conocimiento de la ley moral.

Estos son los criterios emitidos para la formación de las naciones. Los Estados han acudido generalmente á aquellos que más se prestaban á la consecución de sus fines particulares y de sus planes egoístas, llegando en algunos casos para conseguirlo á violar los más elementales principios del derecho de gentes y los más sagrados derechos de los pueblos. Un ejemplo muy triste por cierto de lo que acabamos de decir es el de Polonia, que varias veces se ha levantado con heroico valor recabando su independencia, y que, á pesar de tener bajo todos aspectos suficientes condiciones para vivir libre é independiente, está sometida á otras naciones, que, más fuerte que ella, han logrado dominarla.

Felizmente, en nuestro tiempo se ha iniciado la tendencia á resolver jurídicamente todos los conflictos; parece que el dominio de la fuerza va cediendo terreno al de la razón y el derecho, si bien es cierto que de vez en cuando se realizan actos brutales por naciones poderosas, que no se si me será permitido calificar de verdaderos delitos internacionales, y á los que no se les impone el debido correctivo por el mutuo temor que sostiene la paz armada entre las grandes Potencias.

## I

Al primer golpe de vista que se echa sobre el aspecto que presentan los anales de la humanidad, se percibe un caos de errores, de violencias y crímenes; una tempestad sin fin, una lucha constante, encontrándose en la una y la otra mezclados el bien y el mal, y parece que los accidentes de la lucha se repiten de un modo constante, que se manifiestan en un círcu-

lo invariable, donde la sucesión de los diversos estados sociales obedecen á una ley, á un orden uniforme, de tal manera, que la marcha de los tiempos no presenta nada nuevo, y reproduce aquello que dejó de ser sin modificación alguna.

Pero si en lugar de esa ojeada general y vaga; si en lugar de atender á lo que ese primer golpe de vista nos presenta, se considera con atención más fija y sostenida la historia de la humanidad, se ve penetrar poco á poco la luz en ese aparente caos, y aun allí donde reina cierta oscuridad se distinguen grandes líneas, y vemos que, aun existiendo cierta analogía y parecido entre cierta serie de acontecimientos, á poco que penetre nuestro espíritu en su estudio, se descubren diferencias profundas, que nos revelan la producción constante de hechos y formas nuevas.

Esto que hemos dicho nos demuestra que hay un gran parecido, que existe mucha semejanza en las formas exteriores de los acontecimientos que se suceden en el tiempo. Y es que ni los móviles de los deseos individuales, ni sus pasiones, ni sus facultades físicas, ni sus facultades morales é intelectuales han variado. Pero la misma ciencia nos demuestra un principio de cambio, y es lo infinito de sus deseos junto á la propiedad de aprender del pasado, de recibir y transmitir el resultado de descubrimientos anteriores de generación en generación, tanto en el orden intelectual como en el material. Esto, que ocurre en un orden general de acontecimientos humanos, sucede también, aunque en un orden más restringido, en lo que se refiere á la nación.

Penetremos en la historia para arrancarla el secreto de la evolución y modo como se ha ido formando el concepto de la nacionalidad.

La humanidad, en su desenvolvimiento y en el cumplimiento de una de sus leyes, que la lleva á unirse en grupos para la consecución de sus fines, ha adoptado en el transcurso de los tiempos diversas y muy variadas formas de asociación. La historia nos presenta con exceso esa multitud de formas

de asociarse en las grandes aglomeraciones de hombres, como China y Egipto; en la tribu, como los hebreos y árabes; en las ciudades antiguas, como Atenas y Esparta; en las comunidades sin más vínculo de asociación que el que ante ellos establece la unidad de sus creencias religiosas, pues que carecen de patria, como sucede entre los israelitas; y acercándonos á nuestro siglo, vemos las naciones como Francia, España é Inglaterra, y las federaciones como Suiza y Américs, formas todas que han existido y que no se pueden confundir sin dar lugar á graves errores.

Pero la nacionalidad, tal como hoy la conocemos en la realidad, y el principio de las nacionalidades, discutido en el mundo moderno, son algo nuevo en la historia, que la antigüedad no conoció. Porque de un lado, nos encontramos con la familia y la ciudad, y de otro, con los grandes imperios. La familia es en un principio el único estado; cuando el hombre, en esos primitivos tiempos, tuvo que satisfacer sus necesidades, como éstas eran pocas y rudimentarias, la familia, esa entidad natural, que algunos escritores consideran como la verdadera célula social, es bastante á satisfacerlas. Pero como el hombre progresa, y al par que aparecen nuevos deseos y se multiplican de un modo infinito sus necesidades, busca con los esfuerzos de su inteligencia medios adecuados con que dejarlas cumplidas y satisfechas, sus relaciones se complican, y ya en la familia no encuentra campo suficiente, y lo busca en otro más extenso, y después de distintas fases en que la sociedad, sucesiva y gradualmente, pasa de la familia á la gens, de la gens á la fratria griega y de ésta á la curia, y de la curia á la tribu, aparece la ciudad, la antigua *Civitas*, tan bien descrita por un ilustre escritor (1); y si bien es verdad que la familia y la ciudad son entidades naturales, base en aquellos tiempos de la organización social humana, no presentan, sin embargo, la categoría de nación.

(1) Fustel de Coulanges, *La ciudad antigua*, traducción española. Madrid.

Existen al lado de estos organismos, que de un modo muy ligero mencionamos, los grandes imperios: menos aun éstos presentaban el carácter de nación, porque no eran otra cosa sino vastísimas aglomeraciones de pueblos, sin ningún vínculo moral más que los que la fuerza establecía entre ellos, llevando en sí mismos, como dice un tratadista de Derecho internacional, en la falta de unión el germen de su disolución. Ejemplos infinitos de esto nos presenta la historia; basta pasar la vista por los Imperios macedónico, de Filipo y Alejandro, asirio y egipcio, y, por fin, el gran Imperio romano.

Después de extinguido el Imperio romano, ó, mejor dicho, después de la dislocación del Imperio de Carlo Magno, se nos presenta la Europa occidental dividida en pueblos, de los que algunos, en ciertas épocas de la historia, han tratado de ejercer una dominación universal sobre todos los demás, sin llegar jamás á realizarse de un modo completo esta idea, y sin que á pesar de esto se haya renunciado á ello por algunas naciones de un modo más ó menos encubierto.

Pero ciertamente que lo que no pudieron conseguir ni Alejandro, ni Carlos I de España, ni Luis XIV y Napoleón I de Francia, de un modo casi seguro podemos afirmar que no se conseguirá en el porvenir. La existencia de imperios, á la manera del Imperio de Carlomagno y del Imperio romano, es imposible. Porque cualquiera tentativa de dominación universal, por mucho poder que tuviera la Potencia que intentara llevarla á cabo, provocaría á virtud de la gran división existente en Europa, una coalición de todas las naciones que harían volver á la ambiciosa nación á sus cauces naturales. Francia, Inglaterra, España, Alemania, Rusia, durante mucho tiempo y cualquiera que sean las eventualidades que corran, serán, como dice Renan, las piezas esenciales de un damero, en que las casillas varían sin cesar, sin que jamás se confundan de hecho.

Como hemos dicho ya, y no cesaremos de repetir, las naciones entendidas de este modo son nuevas en la historia y no conocidas en la antigüedad: el Egipto, la China, la Caldea, no

fueron naciones; fueron simplemente verdaderos rebaños de hombres dirigidos por un hijo del Sol ó de la Luna. La antigüedad tuvo repúblicas, confederaciones de repúblicas, imperios, pero no tuvo naciones en el sentido que nosotros las comprendemos.

Siguiendo con la historia del modo como ha ido desarrollándose la idea de nación, yo no diré que en la Edad Media no existieran en germen las modernas naciones; lo que niego es que se constituyeran, conforme al mismo principio en nuestros días dominante, ni que estuvieran informadas por el carácter libre y espiritual que hoy día las informa. En esa Edad Media el feudalismo dominaba, y en tal sistema social, en que se considera como propiedad del señor feudal, no sólo las tierras, sino también las personas, sobre las que se tiene tan absolutos como monstruosos derechos, no es posible, digo, cuando tal doctrina se practicaba, que existieran las naciones en el moderno sentido, fundado sobre la voluntad de los pueblos, unida á otras condiciones ó caracteres etnográficos, físicos, geográficos y hasta históricos.

En los tiempos modernos es cuando se consolidan las naciones. Después de aquella división, de aquel fraccionamiento tan absoluto que dominó durante la Edad Media, de tal modo, que muy bien y sin ninguna exageración pudiera aplicarse lo que con referencia al carácter español dice Ganivet (1), «las aspiraciones de los españoles serían una carta fuero que dijera: todo español está autorizado para hacer lo que le dé la gana», después de aquella desintegración y diferenciación social, obedeciendo á una ley lógica, y del mismo modo que en nuestro siglo al exceso idealista siguió la reaccion naturalista, también como protesta y reacción contra esta desintegración vino la organización unitaria y centralizadora.

Y comprimidas las naciones por el feudalismo, surgen las naciones fuertes y poderosas, pero ligadas y como formando

(1) *Idearium español.*—Granada, 1897.

un sólo todo con las monarquías. Creyéndose idénticos los intereses de las naciones y monarquías, una y otra, ayudándose, corren la misma suerte. Y las monarquías, que hasta entonces habían carecido de poder, por haberse desmembrado, efecto del feudalismo, se presentan ahora vigorosas, con los tres aspectos de absoluta, divina y patrimonial. Todo el poder que antes residía en los señores de horca y cuchillo, pendón y caldera, pasan á los reyes del mismo modo que las libertades y franquicias otorgadas á las villas y ciudades, que en un principio sirvieron para contrapesar el absoluto poder de la nobleza, se pierde en la tendencia unitaria y centralizadora. En aquel siglo la aparición del Renacimiento romano y del estudio de la legislación de aquel país, trajo consigo el absolutismo de los Césares romanos. Por fin, tenemos que decir que, cumplida la tutela, que por efecto de la ignorancia de los tiempos medios, y de haberse refugiado la cultura en los claustros, hubo de ejercer la Iglesia las funciones que hasta entonces fueron desempeñadas por ella, las reivindicó el Estado, ya fuerte y poderoso, completándose de esta manera la constitución de las monarquías nacionales.

Pero la cuestión cuyo estudio es objeto de nuestro trabajo, ha nacido en nuestros días, y claro está que no podía ser ésto, hasta que en la mente de los sabios se llegó á desarrollar la idea del Estado, por más que en todas épocas hubo algunos que lo comprendieron conforme á su verdadera naturaleza, y aquella idea se arraigó en la conciencia de los pueblos. Porque era necesario que se comprendiera que la comunidad social era algo de que no podían los príncipes disponer á su antojo, sino que á las gentes corresponde el derecho de disponer libremente de ellas, y era por fin necesario comprender que el Estado no era una mera sociedad política, cuya suprema fórmula era la expresión de Luis VIV: El *Estado soy yo*, sino una sociedad jurídica y política (1).

(1) Fiore: *Tratado de Derecho internacional público*, versión española, Madrid 1894.

La nación en oposición á la definición que hemos dado del Estado, se entiende y comprende generalmente como un conjunto de pueblos, unidos entre ellos por lazos provenientes, principalmente de la comunidad de raza, costumbres, tradiciones, religión y lengua y animados por las mismas aspiraciones y con conciencia de su nacionalidad (1).

Tódo el mundo reconoce que el criterio de la nación no puede recaer sobre un solo elemento: la lengua, la raza, la religión, por ejemplo, sino que es un criterio muy complejo, en el cual no entra sólo uno de dichos elementos, sino que entran muchos y muy variados, que es el resultado de un conjunto de lazos que provienen de muy distintos orígenes, cuyo resultado se nos muestra, sobre todo, por la tendencia á unirse, aunque sean pueblos de muy distinta procedencia, en Estados que tienen por origen la voluntad y conciencia de la nacionalidad que forman.

La concepción de la nacionalidad comprendida de este modo, dígase lo que se quiera, y aunque se pretenda hacer remontar á otra época, es muy reciente. Se puede afirmar que su concepción se encuentra en la Revolución francesa, al reconocer á los pueblos el derecho de disponer de sus destinos, y, por lo tanto, de agruparse y formar naciones.

Ella ha tomado cuerpo y se ha realizado en Alemania, donde están unidos y han tenido la conciencia de su nacionalidad, sobre las influencias y ataques de otras naciones.

El Congreso de Viena no tuvo ningún concepto de esta idea al reformar el mapa de Europa, y se dejó dominar solamente por la preocupación de establecer una especie de equilibrio entre las grandes Potencias y de favorecerlas más ó menos, según la simpatía de los grandes monarcas y de los pequeños soberanos, sin hacer caso para nada ni de la raza, ni de la lengua, ni de la tradición, y sin hacer caso, en fin, del sentimiento que mueve á los pueblos á formar nación.

(2) Despaquet; *Cours de Droit international public*, 2.ª éditión. París, 1899.

Y esto que caracterizó la obra del Congreso de Viena, fué una de las causas principales del movimiento de reacción que se produjo en casi todos los países á favor del principio de las nacionalidades. Esta reacción se manifiesta después de la revolución de 1848 en las tentativas de varios pueblos por su independencia, y ya es en Hungría en 1849, ya es la lucha de los pueblos italianos contra el Austria, ó es ya la última insurrección de Polonia por su libertad é independencia.

En Italia es donde el principio de las nacionalidades, formando el concepto armónico de la misma, ha sido sostenido con más empeño, formando una doctrina de la que son partidarios ardientes casi todos los publicistas y hombres de Estado, desde que dicho principio recibió forma doctrinal por Mancini, á quien se puede considerar como el verdadero jefe de la llamada escuela italiana, y á los que con Mancini, como Mamiani, Casanova, Landona, Palma, Pierantoni, Padeletti, Gioberti y Brusa en Italia, han luchado en pro de la nacionalidad armónica, y que, aparte del fin perseguido de obtener la organización mejor y más estable de los grupos humanos, persiguió, sin duda, como principal objetivo, la unidad y libertad italiana. Y como partidarios también del criterio armónico de la nacionalidad, se pueden citar á Laurent en Bélgica, Bluntschli, Wagner y Wecker en Alemania y Dubley-Field y Lieber en América.

El principio de las nacionalidades, que fué presentido por Enrique IV y Volney, y en cierto modo formulado por Madame Estael y al que la revolución de Francia favoreció y que ha sido reducido á sistema por Mancini, no sólo ha llegado ser el ideal del Derecho internacional, sino que ha sido también el principio, en el cual se concretan las aspiraciones de la mayor parte de los pueblos. Un mismo grito se oye en Hungría, Polonia é Irlanda, que tanto han luchado por adquirir su independencia.

Principio que se ha manifestado, tanto en el campo de la historia y larga serie de luchas de los pueblos, que no son otra

cosa que luchas por la independencia y unidad, que en el campo de las ideas donde para fundamentar el principio de las nacionalidades, se libra una contienda entre las escuelas naturalista, etnográfica, filológica y otras.

En el campo de la historia es muy grande la lucha por las nacionalidades; también existe ésta en el campo filosófico é ideal; y todo lo perjudicial que aquélla es, ésta es, por el contrario, muy beneficiosa; si aquélla muestra de un lado la ambición de algunos pueblos que no se paran ante ninguna consideración para la consecución de sus fines, y la heróica si se quiere, pero inútil resistencia de otros, que, más débiles, tienen necesariamente que sucumbir; la lucha intelectual, si bien es cierto que generalmente no produce muchos resultados en la práctica, demuestra, al menos, una desinteresada y bienhechora intención hacia la humanidad, que no tiende sino á pacificar esas luchas desde el campo de la ciencia, y á organizar la humanidad sobre el principio nacional.

## II

El principio nacional, como dice el Sr. Moris y Fernández Vallín (1), implica tres grandes y capitales conceptos: *sociedad total humana, organismo natural é histórico,* unidad superior de cultura que los tiempos han producido.

«En el primer aspecto, dice dicho escritor, revela conjunción de personalidades, unidas por vínculos y lazos de muy distinta especie, que forman un todo encargado de cumplir los fines humanos en uno de los más amplios círculos.

»Organismo natural é histórico, resulta producido por la naturaleza y la historia. Preténdese fraccionar la humanidad, y los criterios geográfico y etnográfico, filológico, histórico y armónico, hacen de ella tantas agrupaciones como comarcas, razas, lenguas y evoluciones históricas encierra.

(1) «Lucha por las nacionalidades», discurso inaugural, 2.ª edición. Madrid, 1888.

»Por fin, concepto superior de cultura es, en el orden de los tiempos, y después de la familia y municipio, la colectividad más grande y el círculo total más amplio que desarrolla y fomenta los intereses de la vida, ya que la humanidad no ha logrado aún afirmarse como un todo organizado.»

Capitales conceptos que forman el principio nacional, pero que á pesar de la unidad que revelan, sometidos al criterio filosófico, presentan gran variedad de tendencias.

Vamos á estudiar cada uno de estos criterios; pero antes de entrar á tratar de cada uno de ellos, voy á refutar un vulgar error de algunas teorías políticas. Creen algunas de estas teorías que la nación es ante todo una dinastía representante de antiguas conquistas; según ellas, el agrupamiento de territorios y provincias, realizado por una dinastía por medio de sus guerras, matrimonios y tratados, termina y se extingue al extinguirse la dinastía que lo formó.

Esto es considerar á los pueblos como patrimonio de los reyes, que éstos pueden ceder y enajenar á su gusto. Doctrina es ésta que pudo sostenerse en una época en que los pueblos eran para los reyes; pero no en la que se considera que los reyes son para los pueblos, y en que el complicado organismo de las naciones radica principalmente sobre la voluntad de los pueblos.

Es verdad que la mayor parte de las naciones modernas han sido formadas por familias de origen feudal, que han ido aumentando y tomando determinación de límites, por medio de sus guerras, matrimonios y tratados; pero no es menos cierto que cuando esto sucedía no había la idea, ó si se conocía no se había aun manifestado en los organismos sociales, del verdadero Derecho internacional y de la voluntad nacional.

Esto que hemos dicho de que las naciones modernas deben su formación á las anexiones verificadas por los medios antes enunciados, es una verdad de que la historia nos presenta ejemplos á cada paso: la reunión de Inglaterra, de Irlanda y

Escocia, no es más que un hecho dinástico; pero es que cuando este hecho sucedía, ó no existía el Derecho internacional, ó estaba en germen, y por lo tanto, no se tenía la más remota idea, ni de los límites naturales, ni de la voluntad de los pueblos, ni del derecho de las naciones.

A más, ¿se puede establecer racionalmente tal criterio? Yo creo que de ningún modo; los Estados Unidos y Suiza no deberían ser naciones: esas aglomeraciones formadas por adiciones sucesivas, no tienen ninguna base dinástica, no deben su existencia á ninguna dinastía. La formación de las naciones por matrimonios y tratados de miembros de las diversas dinastías, es un hecho que pasó á la historia y que pudo tener importancia, pero que hoy no la tiene; no tratamos de investigar lo que han sido las naciones, sino lo que deben ser, y colocados en este punto de vista, es necesario admitir que una nación puede tener existencia propia y perfectamente determinada sin dinastía, del mismo modo que las naciones que han sido formadas por dinastías, pueden separarse de ellas, sin que por eso dejen de existir.

El derecho de los príncipes no puede ser mantenido hoy día; por encima del derecho de las dinastías está el derecho nacional. Pero este derecho nacional, ¿sobre qué criterio se ha de fundar? ¿Qué signo exterior y tangible nos lo ha de dar á conocer?

I.—Capital influencia, en nuestro siglo, han tenido las ciencias naturales. Y aun en aquellas ciencias que por su naturaleza y caracteres parecen más alejadas de ellas, han sufrido más su avasallador impulso. Después de todo, como dice el profesor de la Universidad de Turín, Aquiles Loria (1): «Nada hay más noble ni legítimo que el deseo de dar nuevo impulso á una ciencia por medio de otra, que nada corresponde mejor á la idea esencialmente moderna del vínculo y de la mutua dependencia de las diversas ramas de la ciencia.

(1) «Problemas sociales contemporáneos», 6.ª conferencia, página 108. Barcelona, 1904.

»Si en los pasados siglos esas diversas ramas eran consideradas como unidades heterogéneas, sin forma de conexión alguna entre sí, hoy se tiene respecto á este asunto una opinión mucho más adelantada. Compréndese, en fin, que las especies científicas, como las especies animales, no pueden dar lugar á una clasificación absoluta, sino á distinciones puramente arbitrarias, teniendo todas por centro común lo verdadero sintético, fin supremo de la inteligencia. Así se comprende hoy que un nuevo y grandioso descubrimiento en uno de los campos del saber humano, debe inmediatameute influir de rechazo en los demás, y que una estrella aparecida en un rincón de nuestro firmamento intelectual irradie esplendorosa sobre las más apartadas zonas.»

Esta escuela positiva, que busca y observa los fenómenos de la naturaleza, encuentra por analogía dichos fenómenos en las ciencias éticas y sociológicas. Y claro es que el positivismo, que á qué negarlo, ha dado un gran impulso á las ciencias, tenía que intervenir en la teoría de las nacionalidades con su criterio, que si logró dar el concepto de lo orgánico, llega ya á un límite en la aplicación de su criterio, que sólo el espíritu de partido, que ya tan finamente satirizaba Racine (1), puede explicar tales aberraciones.

Y esa influencia de las ciencias naturales se nota en todos los campos: en lo moral, en lo económico, en lo jurídico, en la pena, en el delito, en el Estado, y en fin, en la vida internacional.

El Derecho internacional, antes que Novicow aplicara el naturalismo para resolver muchos problemas de dicha ciencia, muchas de sus doctrinas llevaban ya el sello del positivismo.

Y se compara la nación con un organismo natural, y se afirma que, á semejanza del organismo humano, está sujeto á leyes biológicas y que pasa, como los individuos, por los períodos de nacimiento, desarrollo, apogeo y decadencia, y por

(1) *El enfermo imaginario.*

fin, la muerte; y se considera la nación como un ente fisiológico que está constituído por células, organismos y sistemas, que lucha por su existencia, cumpliendo la ley natural de la selección, para que desaparezcan las naciones débiles y vivan las más fuertes. En fin, por doquiera se echa de ver la influencia de las doctrinas de Comte, Schæffle y Spencer.

Pero es necesario reconocer que en el organismo de la creación influyen dos muy distintos órdenes de fenómenos que hay que tener en cuenta: uno físico de la naturaleza, sujeto á leyes que fatal y necesariamente tiene que cumplir, y otro espiritual ó ético, que si bien es verdad está sujeto á leyes, éstas no son ciegas y fatales como las del orden físico ó natural.

Y desde el momento que se trata de buscar el principio sobre el cual se ha de basar la organización de la humanidad dividiéndola en agrupaciones, y de señalar cuáles son las causas de las uniones y separaciones de los hombres en pueblos, creo yo nos hallamos principalmente en el campo espiritual, sin negar, ni mucho menos, por eso la influencia de la naturaleza en la nación como manifestación de la vida sociológica; y creo yo que hay que desechar las exageraciones de aquella escuela, que afirma la influencia de la naturaleza, hasta el punto de asegurar, como Hërder, que dadas las condiciones geográficas de un pueblo, se hace su historia, y que la humanidad no es otra cosa que una Historia natural.

Es indudable que la geografía, las llamadas fronteras naturales, han influído en la separación de las naciones y en el movimiento histórico, por medio del cual se ha obtenido ese resultado. Los ríos han conducido á los pueblos, y las grandes montañas les han detenido. Los unos han favorecido el movimiento histórico, las segundas le han limitado. Pero téngase bien entendido, que si esta influencia en la formación de las naciones es cierta, no es menos cierto que tomada como criterio único y absoluto conduce á funestos resultados en la práctica. Pero hay más: y es que en la misma historia encuentra

esta teoría su crítica. Francia ha sido la defensora más ardiente de las fronteras naturales, encontrando, según dicha nación, sus límites bien marcados en el Rhin. Cuatro monarcas llegan en sus reinados á esos límites y aun los rebasan; pero, sin embargo, su obra no llega á sobrevivirles mucho tiempo: Carlomagno extiende la Francia tomando por límites el Báltico, el Eyder, los mares del Norte y de la Mancha, hasta el Ebro y el Volturno, y desde el Oder, los Carpatos y el Thers, hasta el mismo Atlántico; en tiempo de Felipe el Hermoso, comprende desde el Mediterráneo hasta el Océano, y desde el Ródano al Escalda; Luis XIV lucha al Norte y al Sur para extender las fronteras de Francia, y queda, por los tratados de los Pirineos, Asquigrán, Nimega y Ryswick, dueño del Rosellón, Flandes, parte de los Países Bajos y todo el Franco-Condado; y por fin, Napoleón extiende también las fronteras de Francia; pero la obra de estos monarcas, no dura más que su vida.

También se puede afirmar con toda seguridad que ninguna de las naciones actualmente existentes debe su formación á los pretendidos límites naturales. España, según los que sostienen esta opinión, se halla limitada por el mar y la cordillera Pirenaica, y, según este criterio, España es el mejor ejemplo de fronteras naturales: la historia, en este punto, nos dice que jamas entre esos límites, el mar y los Pirineos, ha existido un solo pueblo, y al presente sabemos que comprende dos: España y Portugal.

No quiero tratar ahora si España y Portugal son dos naciones ó una sola nación, y dos Estados, porque acaso resultara inoportuno; básteme decir que si á los límites naturales acudimos, puede muy bien considerarse á Portugal como una nación. Los ríos Guadiana y Duero, de Norte á Sur; el Miño, de Este á Oeste, y el Atlántico, limitan perfecta y naturalmente al reino lusitano.

Y es que el criterio de las fronteras naturales, tomado como criterio único, puede conducir á muy diversas conse-

cuencias, pues acudiendo á él, lo mismo podemos dividir al mundo en dos ó tres grandes Imperios, que en multitud de pequeños Estados.

Se pretende por los que profesan esta teoría que los límites de una nación están señalados en el mapa, y que esta nación tiene el derecho de adjudicarse tal ó tal parte de territorio, necesario para llenar lo que ellos creen una nación, limitada por esta montaña ó aquel río, á los que *à priori* se les ha concedido la facultad de limitar; doctrina es esta tan arbitraria, que justificaría toda clase de violencias.

Cabe además preguntar, aun aceptando dicha teoría, qué es lo que limita las naciones, las montañas ó los ríos, porque si bien es verdad que las montañas limitan, siendo un obstáculo para la comunicación de los pueblos, los ríos, muy lejos de eso, en lugar de separar y dividir, es un poderoso medio de comunicación, que la humanidad siempre ha utilizado para transmitir su civilización y progreso.

Es indudable que todas las montañas no separarían naciones. ¿Cuáles serán las que separen y cuáles las que no?

Problema de muy elástica solución, pues como antes decíamos, se puede reducir al mundo á dos ó tres grandes naciones, tomando como límites de las mismas las más importantes cordilleras, ó fraccionarlo en multitud de pequeños Estados; nuestra misma nación, como todas las del mundo, se podría dividir en tantas como provincias. Y en cuanto á los ríos, tantos de más importancia que el Rhin, que ha dado lugar á sangrientas luchas entre Alemania y Francia, deberían considerarse como fronteras naturales, y no se ha hecho porque muchas veces los pretendidos límites naturales no son más que pretextos para satisfacer ambiciones, ni aun siquiera justificables por un exagerado amor patriótico.

Se suele hablar mucho también de razones estratégicas, diciéndose que una nación tiene derecho á aquella parte de territorio que exige su defensa. Algo de verdad hay en esto, pero no en absoluto; se deben hacer las concesiones que la necesi-

dad exige, pero no se debe ir demasiado lejos en estas concesiones, porque de otra manera, y so pretexto de conveniencias militares, de necesidades estratégicas, todo el mundo reclamaría y sería origen de interminables guerras.

Como dice un ilustre escritor (1), no es la tierra la que hace una nación. La tierra es el campo del trabajo y de la lucha. El hombre forma el alma. El hombre es todo en la formación de esa cosa sagrada que se llama pueblo. Nada material es suficiente. Una nación es un principio espiritual, el resultado de complicaciones profundas de la historia, una familia espiritual, y no un grupo determinado por la configuración de la tierra.

---

(1) Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?*.—París, 1882.

*(Continuará.)*

RAMIRO FERNÁNDEZ DE AZCÚE.

# EL COLECTIVISMO Y LA EVOLUCIÓN INDUSTRIAL

«Si, de una parte, la acumulación se presenta bajo la forma de una concentración creciente.., de la otra aparece como la repulsión mutua de muchos capitales individuales.»

(MARX: *El Capital.*)

He aquí dos hechos: concentración industrial, concentración capitalista. La pequeña industria desaparece ante la grande. El número de capitalistas disminuye constantemente. El colectivismo se impone. «Cualquiera que sea el valor subjetivo de la Moral, del Progreso y de otros grandes principios de relumbrón—dice Gabriel Deville en sus *Principios socialistas*—, esta bella fraseología no influye para nada en las fluctuaciones de las sociedades humanas.» El colectivismo será el término fatal de la evolución capitalista.

Pero, ¿es verdad que el número de capitalistas disminuye constantemente? Ved lo que dice Kropotkine en *La conquista del pan:* «Al revés de lo que se aseguraba en otro tiempo entre socialistas de que el capital llegaría a reconcentrarse bien pronto en tan pequeño número de manos que sólo sería menester expropiar á algunos millonarios para entrar en posesión de la riqueza común, cada día es más considerable el número de los que viven á costa del trabajo ajeno. En Francia no hay diez productores directos por treinta habitantes. Toda la riqueza agrícola del país es obra de menos de siete millones de hombres, y en las dos grandes industrias minera y textil cuéntanse menos de dos millones quinientos mil obreros.

¿Cuál es la cifra de los explotadores del trabajo? En Inglaterra (sin contar á Escocia é Irlanda) un millón treinta mil obreros, hombres, mujeres y niños, fabrican todos los tejidos; poco más de medio millón explotan las minas; menos de medio millón labran la tierra, y las estadísticas tienen que exagerar las cifras para obtener un máximum de ocho millones de productores, para veintiséis millones de habitantes. En realidad, seis ó siete millones de trabajadores son los que crean las riquezas enviadas á las cuatro partes del mundo. ¿Cuántos son, en cambio, los rentistas y los intermediarios que añaden las rentas cobradas al universo entero á las que se adjudican haciendo pagar al consumidor de cinco á veinte veces más de lo que han pagado al productor?»

¿Es cierto que la pequeña industria desaparece ante la grande? Ved lo que el mismo Kropotkine dice en *Campos, fábricas y talleres:* «No hay en Inglaterra estadística alguna respecto al número exacto de trabajadores ocupados en las industrias domésticas, rurales y pequeñas en general. El asunto, en todas sus partes, no ha merecido nunca la atención que se le presta en Alemania, y especialmente en Rusia. Sin embargo, bien pudiera asegurarse que, aun en este país de las grandes industrias, el número de aquéllos que se ganan la vida en la pequeña es más que probable que iguale, cuando no aventaje, al de los empleados en las fábricas. Los suburbios de Londres, Glasgow y otras grandes ciudades están cubiertos de pequeñas industrias; y hay regiones en donde la pequeña industria está tan desarrollada como en Suiza y Alemania, de lo cual es Sheffield un buen ejemplo; la cuchillería de Sheffield —una de las glorias de Inglaterra—no se hace á máquina; se efectúa principalmente á mano.» En Francia, «mientras que una mitad de la población vive de la agricultura, y una cuarta parte de la industria, ésta se vuelve á dividir á su vez entre la grande industria y la pequeña, ocupando la última sobre un millón quinientos mil trabajadores, y sosteniendo de cuatro á cinco millones de personas, á las que hay que agregar un con-

siderable número de campesinos que apelan á industrias pequeñas, sin abandonar por eso la agricultura, siendo lo que éstos ganan en las primeras de tanta importancia, que en muchas partes del país las propiedades de las poblaciones rurales no podrían mantenerse sin la ayuda derivada de aquéllas.» En Bélgica, uno de los países en que la industria se halla más centralizada, «podemos decir que—sin contar las minas—más de la cuarta parte de los trabajadores industriales están distribuídos en pequeños talleres, que tienen por término medio menos de tres operarios cada uno, además del maestro». En Alemania, «es evidente que algunas pequeñas industrias están condenadas á desaparecer; pero hay otras. por el contrario, que se hallan dotadas de una gran vitalidad y todo indica que cuentan con recursos para existir y aún para desarrollarse más todavía durante muchos años». En cuanto á Austria-Hungría, Italia y los Estados Unidos, es supérfluo decir «que allí la pequeña industria ocupa una posición preeminente, representando en el conjunto de la actividad industrial una parte mucho mayor aún que la correspondiente á Francia, Bélgica ó Alemania».

El testimonio de Kropotkine podrá parecer á muchos recusable, dado el antagonismo existente entre socialistas y ácratas. Pero hay socialistas que dicen más aún que Kropotkine en contra de las ideas de Marx sobre la concentración industrial y la acumulación capitalista. Tal, por ejemplo, Bernstein, en su libro *Socialisme théorique et social démocratie pratique.*

Después de exponer la teoría de Marx según la cual el número de capitalistas disminuye constantemente, dice Bernstein: «Es *absolutamente* errónea la afirmación de que la evolución económica tienda á una disminución relativa ni absoluta del número de poseedores. Absoluta y relativamente, por el contrario, el número de poseedores aumenta.» En primer lugar, observa el autor de *Socialisme théorique*, es una ilusión creer que la concentración de las empresas industriales lleva aparejada una concentración de las fortunas. No se fijan bien

los que tal piensan en lo que representa la sociedad anónima. «Esta—dice Bernstein—permite un fraccionamiento considerable de los capitales ya concentrados, y hace supérflua la apropiación de capitales por algunos «magnates» aislados en vista de la concentración de las empresas industriales.» En efecto, cuando, por ejemplo, se habla de *trusts*, se piensa ante todo en las proporciones gigantescas de esas sociedades hoy tan en boga y se concluye desde luego: *concentración*. Mas es preciso considerar que tales sociedades se hallan formadas por gran número de personas, y que en ellas, por tanto, el capital está muy repartido. Así, el *trust* inglés del hilo de coser no cuenta menos de 12.300 accionistas. Otro tanto ocurre con el *trust* del algodón. La empresa Spiers y Pond, de Londres, tiene, con un capital de 31.200.000 francos, 4 650 accionistas, de los cuales sólo 550 poseen acciones por valor de más de 12 000 francos.

Cuanto al hecho concreto de que el número de capitalistas, en vez de disminuir, aumenta, véanse algunas de las cifras que suministra Bernstein. Según la *British Review* de 22 de Mayo de 1897, el número de familias en posesión de una renta de 150 á 1.000 libras esterlinas era en Inglaterra, en 1851, de 300.000; en 1881, de 990.000. Mientras que la población, durante esos treinta años, aumentó un 30 por 100 el número de contribuyentes de la expresada categoría aumentó un 233 por 100. Cosa análoga sucede en Prusia. En 1854 había sólo 44 407 individuos que disfrutasen de una renta superior á 1.000 thalers (3.600 francos); en 1894 95, 321.296; en 1897 98, 347.328. Mientras que la población dobló, el número de personas en posesión de una renta superior á 3 600 francos se elevó al séptuplo. El mismo fenómeno se manifiesta en los demás Estados de la Confederación germánica. En Sajonia, por ejemplo, el número de personas en posesión de una renta superior á 1 920 francos é inferior á 3 960 era en 1879 de 62.140, y en 1890, de 91.124. Omito otras muchas cifras por no extenderme demasiado. Y no sólo demuestra Bernstein que

el número de capitalistas, en vez de disminuir, aumenta. Prueba que no podía suceder de otro modo. Dado el considerable aumento de la fuerza productiva del trabajo que caracteriza á la producción moderna, la consecuencia inevitable tiene que ser un aumento de la producción, y por consiguiente, un aumento de los artículos de consumo. ¿A dónde van á parar—se pregunta Bernstein—esas riquezas? Y responde: como quiera que los «magnates del capital» no pueden consumirlas; como quiera que, si las exportan, el consumidor de fuera no paga en último término sino en mercancías, lógico es concluir que ese aumento de la producción, si no redunda en beneficio de los proletarios, tiene que favorecer á otras clases distintas de la capitalista. «O una disminución constante del número de capitalistas, al mismo tiempo que el aumento constante del bienestar del proletariado, ó bien una numerosa clase media: hé aquí la única alternativa que nos deja el desenvolvimiento interrumpido de la producción.»

No niega Bernstein la concentración de las empresas industriales como *tendencia*. Mas hay, en su opinión, importantísimos factores que *atenúan* dicha tendencia hasta el punto de que, lejos de seguir la evolución económica la línea que Marx le trazara sin desviarse de ella lo más mínimo, las empresas pequeñas y medias, no sólo no *desaparecen* para dejar su puesto á las grandes, sino que *ni aun disminuyen*, y por el contrario, *aumentan*. Así, en Alemania, el número de pequeñas empresas (de uno á cinco obreros), era en 1882, de 2.457.950; en 1895, de 3.056.318 Hubo, pues, un aumento de 24,3 por 100. El número de empresas medias (de 6 á 10 obreros) era en 1882 de 500.097; en 1895, de 833.049. Aumento, 66,6 por 100. Durante el mismo período de tiempo, la población sólo aumentó un 13,5 por 100. Lo mismo ocurre en el comercio. A despecho de los grandes almacenes al por mayor, dice Bernstein, los pequeños comerciantes viven y *prosperan*. En Inglaterra, desde 1875 á 1886 el número de detallistas se elevó de doscientos noventa y cinco mil á trescientos sesenta y seis mil.

—En Prusia el número de personas dedicadas al pequeño comercio era, en 1885, de 411.509; en 1895, de 467.656. Resulta, por tanto, un aumento de 13 por 100.

El número de empresas mercantiles de proporciones medias (de tres á cinco empleados) era, en 1885, de 176.867; en 1895, de 342.112. Aumento, 93,4 por 100.—Y no digamos nada de la agricultura. En ella, lejos de notarse movimiento alguno de concentración, se manifiesta en toda Europa, y aun en América, por el contrario, un movimiento acentuadísimo de disgregación. Véase, en el número de *Nuestro Tiempo* correspondiente al mes de Marzo, mi artículo *La reforma agraria.*

Kautsky ha pretendido refutar al autor de *Socialisme théorique et social democratie pratique*, en su libro *Le Marxisme et son critique Bernstein.* Pretendido, digo, porque los argumentos de Bernstein quedan en pie. Con respecto al aumento del número de capitalistas, la crítica de Kautsky, á pesar de llenar más de 30 páginas, se reduce á hacer notar que Bernstein no ha definido previamente lo que entiende por «poseedor» y á quitar todo valor á las estadísticas en que el autor de *Socialisme théorique* se apoya. Más importancia tiene lo que Kautsky dice de la concentración industrial. Sin embargo, el propio Kautsky reconoce que el número de pequeñas empresas, lejos de disminuir en absoluto, aumenta. Refiriéndose en su libro *Un socialisme en harmonie avec la doctrine econom que liberal* á la polémica Bernstein Kautsky, dice Rignano: «Está fuera de duda que la concentración industrial no se verifica hoy con el vigor y la generalidad necesarios para la actualización futura de un régimen colectivista propiamente dicho.» «No obstante su disminución relativa, hay aumento absoluto del número de explotaciones pequeñas y medias, aumento que se observa también en el número de obreros por ellas empleados, y es innegable que este hecho, sin justificar enteramente la apreciación de Bernstein sobre «la incontestable vitalidad» de las explotaciones pequeñas y medias, denota, sin embargo, una vitalidad demasiado grande para el triunfo del colectivismo.»

El socialista belga Emilio Vandervelde, en la primera parte de su libro, recientemente publicado, *Le colectivisme et l'evolution industrielle*, no tiene inconveniente en reconocer «l'âme de verité», que contienen las observaciones de Bernstein, y proclama la razón con que éste opone sus cifras á las ilusiones «un poco cándidas» de ciertos sociaiistas sobre la rapidez de la concentración industrial. Vandervelde cree que la concentración capitalista é industrial es un hecho, pero atenuado por otros no menos evidentes. «No cabe duda—dice—que el desenvolvimiento del capitalismo produce el efecto de aumentar el número de pequeñas explotaciones industriales. En el campo, á medida que la producción de valores de uso para las necesidades domésticas es sustituída por la produceión de valores de cambio, aumenta el número de los pequeños productores que trabajan para el mercado local. Por otra parte, mientras que las grandes industrias se concentran, la especialización del trabajo crea constantemente industrias nuevas, ramas desprendidas del tronco de la producción. Por fin, el enriquecimiento de la clase capitalista, la cual gasta improductivamente una gran parte de sus beneficios, favorece el desenvolvimiento de las industrias de lujo. De que la gran producción mecánica gana incontestablemente terreno, á pesar de todas las resistencias que á su extensión se oponen, no se sigue necesariamente que, consideradas en conjunto las industrias de un país, los obreros que trabajan á domicilio y los pequeños productores autónomos disminuyan.» Con respecto á las empresas comerciales, dice Vandervelde: «En la mayor parte de las ramas del comercio, á pesar de los grandes almacenes, el número de pequeños establecimientos aumenta constantemente. En la última sesión del *Verein für Sozialpolitik* (Breslau, 1899), W. Sombart probaba con cifras que el número de pequeños comerciantes aumenta más rápidamente que la población. Por cada uno que desaparece arruinado por la competencia de los grandes almacenes surgen diez en otras ramas, en otras localidades, en las aldeas ó en los su-

burbios de las grandes ciudades » Por lo que toca á la agricultura, manifiesta Vandervelde que en Bélgica, á partir de 1880, se produjo un movimiento inverso al comprobado de 1866 á aquella fecha, período en que las pequeñas explotaciones aumentaron considerablemente. Pero á renglón seguido añade que está muy lejos de creer que tal movimiento de concentración sea general. «Las estadísticas agrícolas de Alemania, por ejemplo, dan resultados diametralmente opuestos.»

No he querido recurrir á economistas «burgueses», de esos que Marx tan cruelmente motejaba, atribuyéndoles la misión «oficial» de defender «el orden existente», y á los cuales los discípulos del autor de *El Capital* tratan con el mismo olímpico desdén. He procurado recoger lo que acerca de la concentración industrial y de la acumulación capitalista piensan los socialistas que más especialmente se han ocupado del problema. Y bien: resulta que la evolución económica está muy lejos de seguir la línea que Marx le trazara.

Pero aun cuando, según la expresión de Rignano, la concentración industrial se verificase hoy con la generalidad y el vigor necesarios para la actualización futura de un régimen colectivista propiamente dicho, ¿quién podría asegurar la imposibilidad de una evolución contraria, determinada por una transformación de la técnica? ¿Es que la fábrica grande no ofrece inconvenientes? ¿Es que la energía eléctrica, la gran fuerza del porvenir, no puede ser distribuída desde estaciones centrales, según las necesidades de los diversos consumidores? ¿Es que no se está produciendo ya algo en este sentido, conforme á los deseos de los que, con razón, ven en las grandes aglomeracionas urbanas un peligro para la salud de los trabajadores? ¿No se conformaría perfectamente tal evolución con las tendencias individualistas, cada día más acentuadas, de las sociedades modernas?

Sin duda Marx tiene razón al afirmar que la historia es un proceso de necesidad interna, cosa que ya antes había visto su gran maestro Hegel. Pero es preciso no exagerar las inducciones

nes, huir de las generalizaciones precipitadas, so pena de estar rectificando á cada paso lo dado como definitivo. Así, según observa Cornelissen—cuyo libro *Théorie de la valeur* basta para acreditar á un publicista—, el propio Marx, después de afirmar en el volumen primero de *El Capital* que el desenvolvimiento de la producción capitalista conduce á la reducción constante del número de potentados del capital, en el tercer volumen no tiene inconveniente en reconocer que el número de capitalistas aumenta.

ÁLVARO DE ALBORNOZ.

# LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES (*)

## LA ACCIÓN SINDICAL

Pero en defecto de la iniciativa patronal, paralizada por el miedo á la concurrencia, ¿no bastaría quizá hoy la acción de los obreros mismos para obtener las reformas precisas y hacer por tal modo innecesaria la intervención de la ley?

He ahí una tesis frecuentemente defendida por los adversarios de la protección legal de los trabajadores (1). Reconocen, que mientras la prohibición de las coaliciones y de las asociaciones profesionales, condenaba al obrero al contrato individual, al *tête à tête* forzoso (2) con su patrono, su inferioridad económica no permitía á tal obrero obtener las condiciones del trabajo á que legítimamente podría aspirar. Pero afirman que, libres para entenderse y asociarse, los obreros son hoy

---

(*) Véase la pág. 331 de este tomo de la REVISTA.

(1) A esa tesis se oponía M. Jaurés en el Consejo Superior del Trabajo, cuando decía en la sesión de 3 de Junio de 1901: «¿Cuál es vuestra objecion? Decís que el concurso de la ley no es necesario y que la acción de los sindicatos obreros bastará para obtener todas las precauciones que reclamamos... ¡Cuidado! Constantemente se opone á la clase obrera el sindicato ó la ley. En 1791 la burguesía aparece, y la ley Chapelier de 14 de Junio de 1791 ha impedido á los obreros agruparse. El ponente decía que los obreros no necesitaban coaligarse, porque les protegería una fuerza: la de la ley. Y hoy, con el pretexto de que los sindicatos son suficientes para proteger al obrero, queréis impedir la intervención de la ley. Son necesarias dos cosas: los sindicatos, creando una fuerza de resistencia, y la ley sintetizando, consagrando esta resistencia.» (*Consejo Superior del Trabajo*, décima sesión, Junio de 1901, p. 17.)

(2) Sauzet: *Essai historique sur la législation industrielle de la France*, en la *Revue d'Economie politique*, 1892.

tan fuertes, hasta más fuertes á veces, que los que los emplean (1).

Defender al obrero contra la *tiranía sindical* sería, según algunos (2), hasta más urgente y más necesario, que protegerles contra las exigencias de los patronos.

No cabe, de cierto, discutir los servicios eminentes que la asociación profesional ha prestado ya, y aún puede prestar, á los trabajadores.

Las agrupaciones profesionales obreras persiguen, en realidad, el mismo fin que la legislación protectora de los trabajadores: el mejoramiento de las condiciones del trabajo. Sólo difieren los medios. Lo que aquéllas pretenden es sustituir el contrato entre individuos únicos, según Chapelier, que debía regular el precio de la jornada, por el contrato colectivo pactado en nombre de todos los obreros de una industria (3). Los jefes de esos grupos han comprendido fácilmente, que si en la gran industria el obrero aislado es, en realidad, una cantidad no apreciable para el patrono, no puede ocurrir lo mismo con la masa obrera cuya deserción puede, en un momento dado, detener la producción. Ciertas asociaciones profesionales han llegado por ese medio á resultados notables.

Sidney y Beatriz Webb nos han presentado la organización de la Unión de los *Boilermakers and Iron-Shipbuilders*, que permite la celebración de tres contratos colectivos superpuestos (4). El primero se pacta entre la dirección central de la Unión y la Asociación Nacional de los patronos, *The Employers Federation of Shipbuilding and Engineering Trades*. Regula,

---

(1) Véase esta tesis desenvuelta de una manera muy interesante en el discurso pronunciado por M. Fernando Faure en la Cámara de los Diputados el 12 de Junio de 1898.

(2) V. la observación presentada por M. Hubert Valleroux en la Sociedad de Legislacion comparada, en la sesión de 29 de Febrero de 1901. (*Bul. mens. de la Soc. de Leg. comp.*, Marzo de 1901 p. 219.)

(3) V. Germain Martin: *Les associations ouvrieres au XVIII siecle*. Rousseau, 1900, p. 241 y sigs. B. Raynaud: *Le contrat colectif de travail*, París, 1901.

(4) *Industrical Democracy*, p. 176.

para todo el Reino Unido, ciertas cuestiones, como las de aprendizaje, la tasa media de los salarios. Un segundo contrato colectivo se pacta entre el Comité de distrito de la Unión y la Asociación local de los patronos. Determina éste, con más detalles, las condiciones del trabajo, aunque manteniéndose en el cuadro trazado por el primer contrato. Por último, un tercer contrato colectivo, se celebra entre el grupo de obreros que emprenden una obra dada—la construcción de una nave, por ejemplo—y el patrono. Pero las cláusulas de este tercer contrato, no pueden estar en contradicción con las reglas formuladas en los dos primeros.

Por lo demás, no debe engañarnos la expresión *contrato colectivo del trabajo*. La mayoría de las veces, la convención estipulada entre los patronos y el sindicato obrero, no constituye un verdadero *contrato de trabajo*. De ordinario, esta inteligencia no entrañará para ningún obrero la obligación de trabajar para un patrono determinado. El patrono estará obligado tan sólo, si ocupa á los obreros, á conceder ciertas condiciones de trabajo (1). Lo que se llama *contrato colectivo de trabajo* no es, en realidad, más que una *reglamentación contractual* previa, de las condiciones del trabajo. El sindicato obrero estipula en favor de todos los obreros de la profesión. ¿No ha recibido de la ley misma el derecho de defender los intereses profesionales? Su papel se parece mucho al de una municipalidad, que estipule ciertas condiciones del trabajo en pro de los obreros empleados por los empresarios de las obras municipales. En ciertos respectos, el sindicato aparece aquí hasta como el delegado y el precursor del legislador. Como el legislador, pretende encerrar en límites precisos y puestos previamente, á la concurrencia entre obreros y á la de los patronos.

---

(1) Se ha notado que la convención no determina ni aun de ordinario si más tarde han de estipularla contratos de trabajo, sino tan sólo *cómo* éstos han de pactarse si se estipulasen. Lottmar: *Der Arbeitsvertrag*, p. 769. Cons. Moissenet: *Etudes sur les contrats collectifs de travail*, 1902.

Es evidente que la reglamentación de las condiciones del trabajo por el contrato colectivo es, en ciertos respectos, superior á la reglamentación por la ley. Es más flexible, más fácilmente modificable, y puede, por esto, tener más en cuenta la diversidad de industrias y de procedimientos técnicos, de condiciones locales, como cambios que impone sin cesar el progreso científico.

Afirmar que la reglamentación por el contrato colectivo será siempre, y desde todos los puntos de vista, preferible á la reglamentación por la ley, sería, sin embargo, en nuestro concepto, excesivo.

Sólo mediante lucha será como, á menudo, la reglamentación por el contrato colectivo, se impondrá á obreros y patronos. Será frecuente que obreros y patronos no se entiendan sino después de haberse larga y vivamente combatido.

Muchas veces el contrato colectivo aparecerá como uno de esos tratados de paz que los beligerantes no se deciden á firmar, sino después que unos y otros han experimentado por largo tiempo los males de la guerra. Esos males los habría ahorrado á la industria y al país, la intervención pacífica y soberana de la ley.

Será preciso añadir que la aceptación del contrato colectivo no siempre pone fin á todas las dificultades; que ese contrato con frecuencia, no se respeta ni seriamente, ni por mucho tiempo. ¿Debe extrañar esto? Desde el día en que el contrato colectivo se firma, todas las fuerzas de la concurrencia que con él se ha querido refrenar se revuelven contra el mismo; únicamente las organizaciones patronales y obreras disciplinadas y fuertes podrán permitirle resistir el asalto incesante.

En su libro sobre *El contrato del trabajo y los Sindicatos profesionales*, M. Bureau escribe: «Si se quisiera hacer una encuesta en todas las poblaciones donde se ha obtenido un alza del salario á consecuencia de una huelga, dejando transcurrir tan sólo un periodo de tres ó cuatro meses, estoy convencido de

que no hay una en la cual la tarifa convenida se observe aún. ¿Dónde está, en efecto, la agrupación compacta y disciplinada capaz de oponerse como una barrera infranqueable frente á esas dos fuerzas, siempre tan activas para deprimir la tasa de los salarios: la concurrencia de los empresarios entre sí, y la de los obreros sin trabajo contra sus compañeros? Bajo el régimen de la pulverización, cada obrero, pasada la lucha, vuelve á su aislamiento: nadie se inquieta con ciertos compromisos de salario reducido, y éstos entrañan al poco tiempo una reducción del salario de todos» (1).

M. de Seilhac (2) critica los cálculos hechos para determinar las ganancias y las pérdidas de los obreros huelguistas. «Nos parece—dice—que en esos cálculos no se tienen en cuenta lo suficiente, las revueltas ofensivas de los industriales obligados á ceder por el momento ante las reivindicaciones de su personal, y que intentan, por consiguiente, con mil medios, más ó menos diestros, disminuir las concesiones que han tenido que hacer forzosamente. *Una huelga fácilmente victoriosa, casi siempre va seguida de una nueva huelga.* Es este un hecho comprobado Y las razones que se pueden aducir son que los obreros, entusiasmados por un triunfo fácil, se ilusionan con la posibilidad de hacer con éxito nuevas reclamaciones, y que, por su parte, los patronos han cedido más de lo que razonablemente debían »

Sean cuales fueren, por lo demás, los méritos del contrato colectivo, parece imposible sostener que los obreros están hoy, de cierto, en situación de obtener, bajo esta forma, las mejores condiciones de trabajo que con justicia reclaman.

Creemos que será siempre así, aunque las asociaciones obreras llegasen á agrupar en sus filas la inmensa mayoría, ó hasta la unanimidad, de los obreros de la profesión. Á la vez que los obreros, los patronos se organizan también. Á los sin-

(1) Bureau, *Le contrat de travail et les Syndicats professionnels*, página 11.
(2) De Seilhac, *Les grèves*, pág. 24.

dicatos profesionales de obreros oponen, no sólo sindicatos profesionales patronales, cada vez más numerosos, sino además esas grandes coaliciones de productores, coaliciones nacionales y hasta internacionales, que son uno de los fenómenos más interesantes de la evolución industrial contemporánea.

¿Quién triunfará de los dos ejércitos, patronal y obrero, el día en que se encuentren frente á frente, igualmente unidos y disciplinados?

Por nuestra parte, nos inclinamos á pensar que entre los patronos asociados y los obreros asociados, persistirá, al menos, algo de la desigualdad que Adam Smith notaba entre el obrero aislado y el patrono aislado, cuando escribe: «En esas disputas entre obreros y patronos—, los amos pueden resistir más... Á la larga, los patronos no pueden prescindir más del obrero que el obrero del patrono; pero la necesidad no es en aquél tan urgente» (1).

Es un hecho notable que los trade-unionistas ingleses, que durante largo tiempo estimaron que podían prescindir de la protección legislativa, han cambiado hoy, en gran mayoría, de opinión. La intervención de la ley de año en año se reclama con más fuerza, por algunas de las más poderosas organizaciones obreras inglesas.

Sin embargo, se debe reconocer que es difícil saber lo que nos reserva un porvenir lejano. Lo indiscutible es que aún no ha llegado el día en que la asociación profesional agrupe todos los obreros, ó aunque sólo sea la mayoría de ellos.

Debemos añadir que ese día no parece estar próximo.

En 1893, el número de obreros franceses sindicados era sólo de 643.757 (2), mientras que, según el censo profesional, el número de obreros y empleados de la industria—transpor-

---

(1) Adam Smith, *La riqueza de las naciones*, libro I, cap. 8.°
(2) *Annuaire des syndicats professionnels*, 1903.

tes inclusive—, se eleva á 4.844.000 (1). En la misma Inglaterra, donde el movimiento trade-unionista es ya antiguo, la gran mayoría, cerca de las tres cuartas partes de los trabajadores, permanecen fuera de las agrupaciones profesionales.

Es, sin duda, frecuente que un sindicato tenga sobre las condiciones del trabajo un influjo más grande, que el que indique el número de sus miembros.

En 15 de Septiembre de 1898, el sindicato parisién de los obreros dedicados al movimiento de tierras sólo comprendía 260 miembros. Y, sin embargo, se ha visto en algunos días que 15 000 obreros abandonaban el trabajo para apoyar las reivindicaciones formuladas por el sindicato (2).

El efectivo permanente del sindicato desempeña el papel del ejército activo, destinado á servir de cuadro á cuantos una movilización pueda algún día llamar al servicio.

Sin embargo, la última estadística de las huelgas indica que sólo en 304, de las 572 huelgas comprobadas en 1902, pertenecían los obreros, en todo ó en parte, á los sindicatos de la profesión. Sólo en 37 casos proporcionaron los sindicatos auxilios normales á los obreros en huelga (3).

Por último, no hay sindicato precisamente allí donde su acción sería más necesaria, en las profesiones donde las condiciones del trabajo son las más deplorables, entre los trabajadores á domicilio, que sufren abusos extremos del *Sweating System*, y parece difícil que por sí mismos esos trabajadores, aislados, sin tiempo ni recursos, puedan lograr formar agrupaciones de alguna duración y solidez. Para la Señora Sidney Webb, la prueba resulta hoy definitivamente hecha. Después de haber declarado que no ha habido jamás en ninguna profesión *sweated*, una Trade Union capaz de imponer una reglamentación del trabajo, añade: «Después de un siglo entero de

(1) *Resultats statis, du recens. des indust. et des profes.*, IV: *Resultats generaux*, pág. 64.
(2) *Office du Travail: Les Associations professionnelles*, pág. 277.
(3) *Bull. de l'Office du Travail*, Jul., 1903; pág. 517.

tentativas, podemos, con plena certidumbre, afirmar, que no habrá jamás una Trade Union con esta potencia.»

Una conclusión se impone.

La iniciativa patronal puede, sin duda, mucho para el mejoramiento de las condiciones del trabajo; la acción de las agrupaciones profesionales puede más aun. No es menos cierto que aun existen abusos numerosos y graves, que hoy sólo la intervención de la ley es capaz de hacer desaparecer.

Rechazar la intervención de la ley, ó aunque sea restringirla, á la protección de los menores, es, pues, renunciar deliberadamente á procurar eficaz y pronto remedio á los males cuya importancia y frecuencia no pueden ser discutidos.

## CAPÍTULO II

### LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES EN FRANCIA

La legislación protectora de los trabajadores puede limitarse á reglamentar las condiciones en las cuales el trabajo se cumple. Puede también encaminarse á garantir á los trabajadores una remuneración suficiente.

En Francia, como en casi todas partes, el legislador no se ha preocupado hasta ahora más que de la reglamentación de las condiciones del trabajo. Las leyes de 1841, 1848, 1874, 1892, 1893 y 1900, para no citar más que las fechas principales, han ampliado y precisado, poco á poco, esta reglamentación. Presenta ésta hoy un interés considerable. Para convencerse de ello y medir los progresos realizados, una ojeada basta.

Hoy, en efecto, la higiene de los talleres, la seguridad de los trabajadores, están garantidas por las leyes de 1892, 1893, 1903 y los decretos dictados para la ejecución de estas leyes. El trabajo subterráneo de las minas y canteras está prohibido á las mujeres de todas las edades.

El niño no es, en principio, admitido en el taller antes de la edad de trece años. La regla no sufre excepción sino para el

niño provisto del certificado de estudios primarios, que puede ser empleado desde los doce años de edad, y este niño debe, al propio tiempo que el certificado de estudios primarios, presentar un certificado de aptitud física expedido por un médico. Por otra parte, los inspectores del trabajo pueden requerir siempre el examen médico de los niños de menos de diez y seis años ya admitidos en los talleres, al efecto de comprobar si el trabajo de que están encargados es superior á sus fuerzas.

Los niños de menos de diez y ocho años, las mujeres de cualquier edad, no deben, salvo excepción, ser empleados ni de noche, ni más de seis días por semana, ni más de diez horas y media por día. La jornada legal del trabajo será, á partir de 1.º de Abril de 1904, reducida para ellos á diez horas.

Un gran número de hombres adultos ven igualmente la duración de su trabajo diario limitada, ya por la ley de 1848, que no permite que pase de doce horas en las fábricas y manufacturas, ya por la de 1900, que prohibe hacer trabajar más tiempo que los niños y las mujeres, á los adultos empleados en los mismos locales que esos niños ó esas mujeres.

Hay ahí un conjunto de prescripciones cuyo influjo beneficioso sobre la condición de los obreros no puede desconocerse. Desgraciadamente, esas prescripciones están lejos de aplicarse á todos los trabajadores, que necesitan de la protección legal. Muchas son insuficientes y aparecen debilitadas por excepciones demasiado numerosas. Y además hay que añadir, que su respeto no ha podido ser aún completamente impuesto á todos los jefes de la industria.

Por de pronto, la legislación francesa se ha ocupado hasta ahora únicamente (1) del trabajo industrial. Hace largo tiem-

(1) Entre las raras disposiciones destinadas á reglamentar otro trabajo distinto del industrial, se debe citar el art. 8.º de la ley de 2 de Noviembre de 1892, según el cual: «Los niños de uno y otro sexo, de menos de trece años de edad, no pueden ser empleados como actores, figurantes, etc., en las representaciones públicas dadas en los teatros y cafés cantantes sedentarios.

»El Ministro de Instrucción pública en París, y los prefectos en

po, sin embargo, que la necesidad de ampliar la reglamentación á otras formas de trabajo ha sido reconocida.

Nos parece especialmente interesante desde este punto de vista, la situación de los dependientes de comercio.

### LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS DEPENDIENTES DE COMERCIO

Hace años que los dependientes al servicio del comercio piden ser admitidos á gozar del beneficio de las leyes que protegen á los trabajadores de la industria. Sorprende que aun no se haya dado satisfacción á tales deseos.

---

los departamentos, podrán excepcionalmente autorizar el empleo de uno ó varios niños en los teatros para la representación de piezas determinadas.»

Desgraciadamente, hay que reconocer que la facilidad con la cual las autorizaciones se conceden debilita singularmente el interés de esta beneficiosa prescripción. Se lee en el informe de la Comisión superior para la aplicación de las leyes reglamentando el trabajo durante el año 1900:

«Los inspectores acuerdan declarar que no se ha tenido en cuenta la circular de 24 de Enero de 1897 del Sr. Ministro de Instrucción pública recomendando que no se concedan sino las autorizaciones indispensables.

»Así ocurre que en París han sido empleados 132 niños de menos de trece años, como actores ó comparsas en los teatros. Se señala también el empleo de una niña de tres años, de otra de tres años y medio, de dos niños de cinco años, y de doce de seis á seis y medio.

»En provincias se dan autorizaciones á partir de la edad de tres años.

»La Comisión superior no puede menos de protestar enérgicamente contra tales abusos. Estima que mientras se efectúe una revisión de la legislación, ciertas instrucciones terminantes deberían recordar á los Prefectos que sólo á título excepcional, y después de haber tomado todas las medidas de garantía indispensables, se deben conceder tales autorizaciones.

»Estima también que no debería concederse ninguna autorización á los cafés cantantes respecto de los niños menores de trece años. El empleo frecuentemente comprobado de niños como cantadores en los cafés cantantes, parece estar en contradicción formal con los términos de la ley, que no ha previsto excepción más que en lo tocante á los teatros y para la representación de ciertas piezas dadas. Insiste, pues, para que, sobre este punto al menos, se repriman inmediatamente los abusos señalados.» (*Rapports sur l'application, pendant l'année 1900, des lois reglamentant le travail*, p. CVI.)

La realidad de los abusos que sufren ciertos dependientes, auxiliares, no puede discutirse.

Ya en el informe presentado el 13 de Diciembre de 1887 á la Cámara de los Diputados, M. Ricardo Waddington expresaba el sentimiento de que la ley de 1874 dejase fuera de su acción á «las tiendas, almacenes donde la fabricación y el trabajo se confunden con la venta y el comercio». «Precisamente, decía, en los talleres de un carácter mixto es donde se producen los más grandes abusos; la estancia prolongada en sus almacenes, en una pieza de la tienda y que sirve de taller de confección, es infinitamente más dañosa á la salud de los jóvenes dependientes y obreros, que el trabajo en las fábricas de la gran industria: el espacio demasiado reducido, la aireación la mayoría de las veces viciosa, las vigilias excesivas en un medio malsano, entrañan para la salud consecuencias desastrosas.»

¿Qué responder al sindicato de los dependientes del comercio y de la industria cuando declara que, como los obreros, los dependientes «necesitan de descansar después de la jornada de de trabajo y de gustar los goces de la familia; que es inadmisible que un gran número de ellos continúen trabajando doce, trece y quince horas por día y el domingo; que es lógico proteger por la ley á los hombres, las mujeres y los niños que respiran de la mañana á la noche la atmósfera á menudo viciada del escritorio ó del almacen, así como los que trabajan en el taller; que el trabajo del dependiente que puede parecer menos fatigoso que el del obrero, es, sin embargo, más deprimente, porque lo debilita en lugar de activar el desenvolvimiento de su fuerza muscular; que, además, el dependiente experimenta generalmente una fatiga cerebral que no puede encontrar compensación mas que en el ejercicio físico y la distracción?» (1)

---

(1) Consejo Superior del Trabajo: *Rap. et documents sur la regl. du travail dans les bureaux et ma gasins*, 1901, p. 9.

El informe de M. Dalle y los documentos que van anexos á él,

La intervención de la ley en favor de los auxiliares y dependientes del comercio parecerá, por otra parte, que no debe tropezar con las mismas resistencias que la reglamentación del trabajo industrial.

Sin duda, lo veremos, ciertas experiencias reiteradas y decisivas, cada día más numerosas, han demostrado que no hay ninguna incompatibilidad entre el desenvolvimiento de la industria y el mejoramiento de la condición del obrero. Este mejoramiento es, por el contrario, en muchos casos, una de las exigencias del progreso industrial. A pesar de todo, las necesidades de la concurrencia internacional continúan oponiéndose siempre á toda medida destinada á proteger á los trabajadores de la industria, y el temor de dificultar la acción de los industriales, en la lucha que sostienen contra los concurrentes extranjeros, es la explicación de muchas sensibles insuficiencias de nuestra legislación obrera.

Es evidente que las necesidades de la concurrencia internacional no podrán, la mayoría de las veces, ser invocadas contra la intervención de la ley en pro de los dependientes de comercio. Y siendo esto así, ¿qué objeción se opondrá á esta intervención destinada á garantir el derecho á la vida de millares de trabajadores?

Nada más, de ordinario, que las fantasías, las exigencias, los hábitos de la clientela.

Y, sin embargo, de sus tres grandes reivindicaciones—aplicación á los escritorios y almacenes de la legislación de higiene y seguridad, descanso dominical, limitación de la jornada de labor—, los dependientes del comercio francés todavía no han visto triunfar más que la primera.

La ley del 11 de Julio de 1903, somete á las disposiciones

---

contienen un gran número de noticias sobre la situación de los empleados al servicio del comercio.

V. también Federación de los dependientes de comercio: *Publications de l'Union sindycale des commis et comptables de la Gironde. De l'extension aux employes de commerce du benefice des lois ouvrieres* por E. Tienit, 1901.

de la ley de 12 de Junio de 1893 sobre la higiene y la seguridad de los talleres, no sólo las manufacturas, fábricas, astilleros y talleres, sino también los *laboratorios*, *cocinas*, *bodegas*, *almacenes*, *tiendas*, *escritorios* y sus dependencias. Se debe añadir que la ley de 29 de Diciembre de 1900 protege, de una manera particular, la salud de las mujeres ocupadas en el trabajo mercantil, prescribiendo que los almacenes y tiendas ú otros locales dependientes de ellos, en los cuales se tienen y ofrecen al público por un personal femenino, mercancías y objetos diversos, deberán tener en cada sala un número de asientos igual al de mujeres que en ella estén empleadas.

Hace mucho tiempo que han sido reconocidos los inconvenientes, especialmente para las mujeres, de estar de pie.

En 1887 M. Waddigton escribía en el informe citado: «En los grandes almacenes de novedades, la necesidad de tenerse de pie durante todo el día, provoca en las jóvenes y en las mujeres desórdenes graves en el organismo.»

En 1888 cierto número de mujeres pertenecientes á la obra de los círculos obreros y al sindicato de la Aguja, se reunieron por iniciativa de las Señoras Henri Lorin y de La Tour du Pin, y redactaron una petición á los directores de establecimientos mercantiles para rogarles que hicieran cesar la costumbre generalmente establecida, según la cual se prohibía á las mujeres empleadas en los almacenes sentarse detrás del mostrador, aunque no estén ocupadas.

Y decían: «La obligación para las mujeres de permanecer de pie todo el día, entraña una fatiga que agota poco á poco todas las fuerzas de las más robustas, y causa un daño á la salud, cuyas consecuencias, según los médicos más autorizados, son siempre de las más serias, y á veces pueden ser mortales. Esta situación nos ha impresionado vivamente, y nos apena pensar cuántas mujeres y jóvenes, se encuentran diariamente sometidas á un reglamento tan duro» (1).

(1) Hector Bezançon: *La protection legale des employés de commerce*, p. 47.

La ley de 29 de Diciembre de 1900 fué votada para hacer desaparecer tan inhumanas costumbres. ¿Logrará su objeto completamente?

Según el último informe presentado por el Ministro de Comercio al Presidente de la República, sobre la aplicación de las leyes relativas á la higiene y seguridad de los trabajadores, la ley de 29 de Diciembre de 1900 «parece presentar aun graves dificultades de aplicación. Nada prueba, en efecto, que las dependientes tengan el libre uso de los asientos dispuestos para ellas habiendo muchas maneras de impedírselo sin faltar directamente á la ley» (1).

Hé aquí, por ejemplo, cómo una inspectora del trabajo parisién resume las comprobaciones que ha podido hacer: «La ley de 29 de Diciembre de 1900 ha venido á apoyar con su autoridad una reforma ya introducida en nuestras costumbres. Acogida con simpatía por el personal protegido, ha tropezado con la oposición abierta de los patronos. Los más inteligentes han comprendido que sus negocios no serían perjudicados con una medida que ahorra la fuerza de su personal; solo algunos rutinarios han alegado «lo inconveniente» de presentar á los clientes vendedoras sentadas. Estos, aunque colocaron en sus comercios asientos y concedieron oficialmente la libertad de usarlos, ven con repugnancia que se haga de ellos un uso demasiado frecuente. Las interesadas que se sientan son mal miradas, y su estancia y ascensos en la casa están comprometidos. La inspección está desarmada para el caso, porque la ley se cumple en su letra; lo único que se puede hacer es un llamamiento á los sentimientos de humanidad del patrono, y esperar que la presión de la opinión se hará sentir con bastante fuerza para modificar pronto semejante lamentable estado de espíritu» (2).

---

(1) *Rap. sur l'application, pendant l'année 1901, des lois reglementant le travail*, p. 183.
(2) *L. cit.*

El descanso dominical, la limitación de la jornada de labor, son tan necesarias, como la reglamentación de la higiene y de la seguridad del taller. Los dependientes de comercio lo saben bien. «Se reclama á gritos, escribe una inspectora del trabajo en los almacenes y tiendas, la limitación de las horas de estancia en ellos, y el cierre del domingo.» ¿Estamos en vísperas de que tales reclamaciones se atiendan? No nos atrevemos á afirmarlo.

Por otra parte, hay que preguntarse, si para asegurar verdaderamente á los dependientes de comercio el descanso dominical y la limitación de la jornada de trabajo, no hay otra cosa que hacer, que aplicar pura y simplemente á los establecimientos comerciales, la legislación hasta ahora reservada á los talleres industriales.

Cuando se trata de reglamentar el trabajo en los almacenes y tiendas, pueden adoptarse dos sistemas. Puede no hacerse más que regular la duración del trabajo de los dependientes, sin limitar el tiempo, durante el cual los establecimientos están abiertos al público. Estos entonces pueden permanecer abiertos todo el día, ó aunque se á toda la noche, á condición de que los propietarios de los mismos, organicen turnos de dependientes, ó bien que por sí, con su familia, basten para el servicio de la clientela. Por el contrario, se puede, al propio tiempo que se limita el trabajo de los dependientes, y que se prohibe el trabajo del domingo, dictar reglas fijas en lo que se refiere á la apertura y cierre de los establecimientos.

Puede parecer más liberal y suficiente, regular sólo las condiciones del trabajo del personal. Pero esta reglamentación me parece que debe tropezar con oposiciones y dificultades, que no se producirían si todos los establecimientos estuvieran obligatoriamente cerrados ciertos días ó á ciertas horas.

Habrá dueños de casas que no podrán ni organizar los varios turnos, ni atender, sin la ayuda de los dependientes, al servicio de la clientela. Se verán obligados á cerrar sus establecimientos, mientras que al lado de ellos estarán abiertos

otros de sus concurrentes. Es imposible que esto no produzca una causa de irritación profunda, propia para comprometer el éxito de una legislación nueva.

Por otra parte, es claro que no reglamentando más que el trabajo de los dependientes, resulta singularmente difícil la intervención vigilante del inspector, esa intervención que tanto importa hacer rápida y fácil. Sería preciso que en cada establecimiento, el inspector se informase de si las personas que están en él empleadas forman ó no parte de la familia del comerciante; si los turnos están organizados, á cuál de ellos pertenece cada empleado. ¿Se necesitará insistir sobre las complicaciones del sistema de relevos y los fraudes que permite? Durante varios años ha paralizado la aplicación de la legislación protectora de los trabajadores en la industria. Por el contrario, desde el momento en que los establecimientos deban estar, á ciertas horas y en ciertos días cerrados al público, la inspección resultará relativamente fácil. A falta de los inspectores, los concurrentes interesados podrán con semejante régimen, comprobar por sí mismos si la ley se respeta ó no.

Y no es esto todo ¿Es posible no tomar en cuenta para nada la situación que se creará al comerciante, á los miembros de su familia, si sólo se reglamenta el trabajo de los dependientes? ¿No se verían á veces, para defenderse contra la concurrencia, obligados á prolongar con exceso la duración de su trabajo? No sería difícil ver al patrono reemplazar con el niño que llega de la escuela, al dependiente que la ley le obliga á dejar marcharse.

La legislación alemana ha consagrado el cierre obligatorio de los establecimientos de comercio.

Según la ley de 1891 ya, los dependientes de comercio no pueden ser, en principio, ocupados, ni el primer día de Navidad, de Pascua y de Pentecostés, ni más de cinco horas los demás días de fiesta y los domingos. Y durante el tiempo en que el trabajo se prohibe á los dependientes, se debe interrumpir la venta al público, aun en los establecimientos que

no empleen ningún auxiliar (1). Más recientemente, la ley de 30 de Junio de 1900 ha venido á imponer á los patronos la obligación de conceder cierto descanso á los dependientes; pero prescribe al propio tiempo que los almacenes públicos estarán cerrados al tráfico de nueve de la noche á cinco de la mañana. Y añade que, cuando dos tercios de los jefes de casas interesadas lo pidan, la autoridad administrativa superior puede, después de haber oído las observaciones de las autoridades municipales, ordenar, respecto de un Municipio ó de varios, el cierre de los almacenes de tráfico, sea en ciertas épocas, sea, durante todo el año, de ocho ó nueve de la noche á cinco ó siete de la mañana. Este cierre puede ser impuesto, ya sólo á ciertas categorías de almacenes, bien á todos á la vez (2).

Los dependientes de comercio ingleses también reclaman el cierre de los establecimientos á ciertas horas. En 1901, el Comité directivo de la Federación nacional de dependientes *(National amalgamated Union of Shop assistants, Warehousemen and Clerk)*, declaraba que una ley que no impusiera el cierre obligatorio de los establecimientos mercantiles á ciertas horas, no pondría término á los males que se lamentan. El Congreso de las Trades Unions de 1902, acordó, sin oposición, un voto en favor del bill propuesto para señalar una hora uniforme de cierre de los establecimientos, declarando que era ésta una

(1) V. los arts. 105 *b* (par. 2), y 41 *a* de la *Gewerbeordnung;* las horas de trabajo dominical se determinan por la autoridad de policía. Las autoridades locales ó de distrito, pueden, por otra parte, restringir la duración del trabajo á menos de cinco horas, y hasta prohibirla por completo.

Desde hace algunos meses se advierte en Alemania un movimiento de opinión en favor de la prohibición absoluta del trabajo dominical. (V. *Die volle Sonntagsruhe im Handelsgewerbe, Sociale Praxis,* 21 de Mayo de 1903.)

(2) V. los arts. 139 *c*, 139 *e*, 139 *f* de la *Gewerbeordnung*. Hay también legislaciones sobre el cierre obligatorio de los establecimientos mercantiles á ciertas horas ó en ciertos días, en Australia, en Nueva Zelanda, en el Canadá.

V. el informe presentado en 1901 por M. Dalle al Consejo superior del Trabajo.

medida razonable y práctica, cuya adopción se impone para la protección de los trabajadores de los comercios (1). He ahí un acuerdo que cito con gusto. Revela qué valor debe darse al argumento de aquellos que oponen aquí los intereses de los obreros industriales á los de los del comercio. Importa, por otra parte, hacer notar que, llamado ante la Comisión de la Cámara de los Lores, en 1901, á examinar la cuestión, el delegado de 1.400 sociedades de consumo, que comprendían 1.700.000 miembros, se manifestó, como el Congreso de las Trade Unions, afirmando que se pueden cerrar fácilmente los establecimientos mercantiles más temprano, sin molestar á los obreros; las cooperativas se cierran más temprano que los otros comercios, y su clientela está compuesta exclusivamente de obreros. Si los otros no hacen otro tanto, es únicamente por miedo á la concurrencia.

Me inclino á pensar que los dependientes del comercio francés, obtendrían con más facilidad una legislación análoga á la alemana, que la extensión pura y simple de la reglamentación del trabajo industrial ó mercantil. El día en que reclamasen el cierre obligatorio de los establecimientos el domingo y á la noche, muchos patronos harían causa común con ellos.

En 1901, la Comisión de la Cámara de los Lores declaró, que la encuesta que había hecho, le había convencido de que el cierre, á ciertas horas, de los establecimientos mercantiles, sería un gran beneficio para los comerciantes y para sus dependientes auxiliares (2). Encargado de estudiar los resultados de las prescripciones de la ley alemana sobre el descanso dominical, M. Dubois consignaba en 1895 «que los comerciantes mismos, en la generalidad de los casos, son partidarios de la reforma. Muchos se felicitan de ella y reconocen que están muy contentos, porque pueden darse algún descanso, sin el

(1) *Trade Unions Congress*, 1903; *Thirty five annual Report*, p. 57.
(2) *Die Frage des Ladenschlusses in England, Sociale Praxis*, 1901, p. 1101.

temor de ver la clientela marcharse hacia el concurrente próximo. Hace treinta años, me decía un comerciante en cigarros, me iba á mi despacho el domingo como los demás días. Ahora me paseo la tarde del domingo en familia, y lo paso muy bien. Porque es preciso, de cuando en cuando, aflojar el arco» (1).

En realidad, una legislación que prescriba el cierre de los establecimientos mercantiles á ciertas horas ó en ciertos días, no sólo asegura la libertad de los auxiliares empleados, sino la libertad de un gran número de patronos. Sabido es, en efecto, como ocurre, que aunque la mayoría, quizá la inmensa mayoría de los comerciantes de una ciudad, esté dispuesta á entenderse para cerrar los establecimientos á un mismo tiempo dado, basta la obstinación de algunos individuos, para impedir que esa inteligencia se realice y produzca efectos prácticos. En Inglaterra, en Alemania, las Comisiones de encuesta han visto á esos comerciantes acudir á declarar ante ellas, contando el fracaso de sus tentativas y pidiendo la intervención de la ley como el único medio de destruir egoístas resistencias.

Seguros estamos de que se manifestarían análogos sentimientos en más de un comerciante francés. En el curso de la encuesta hecha en 1901 por la Comisión permanente del Consejo superior del Trabajo, se verificó una entrevista entre los representantes del Sindicato patronal de la Especería francesa y el Director del trabajo en el Ministerio del Comercio, M. Fontaine, y he aquí lo que puede leerse en el acta de la sesión celebrada en la Cámara sindical el día 16 de Abril de 1901: «Se pasó luego á la cuestión de la posibilidad de un día de descanso semanal. Nuestra respuesta es ésta: El día en que todas las casas de sustancias alimenticias, sin excepción, á consecuencia de una ley, cerrasen, nosotros haríamos como los compañeros, y no nos sentiríamos molestados por ese día de des-

(1) *Office du travail*, de Bélgica. *Travail du dimanche*, vol. V, página 33.

canso.» Y más abajo: «La cuestión es ésta: M. Fontaine nos ha preguntado: ¿Estarán ustedes dispuestos á cerrar con una ley de aplicación general?» Creo que en este punto podemos responder sí por unanimidad.

Una ley que facultase á las autoridades departamentales ó municipales, para imponer á todos la voluntad de la mayoría, constituiría desde luego un importante progreso (1). Semejante ley bastaría para hacer desaparecer muchos de los abusos, que eterniza el régimen de la concurrencia ilimitada. Tendría otra ventaja. Las fecundas y progresivas experiencias que permitiría intentar, tendrían por resultado transformar poco á poco los sentimientos y los hábitos de los consumidores. La promulgación de una ley verdaderamente protectora de los derechos y de los intereses de los auxiliares del comercio, sería así facilitada.

La legislación protectora de los trabajadores franceses deja casi por completo á un lado los trabajadores no industriales. Ni siquiera se aplica á todos los establecimientos industriales. Hoy no se aplica, en su conjunto, ni á las pequeñas industrias de la alimentación (2), ni á la industria de los transportes.

---

(1) En su sesión del 10 de Junio de 1901, el Consejo superior del Trabajo adoptó la resolución siguiente: «Cuando las dos terceras partes de los jefes de casas interesadas pidieran que todos los establecimientos de cierta categoría no puedan ser abiertos antes, ó cerrados después de una hora dada, las autoridades departamentales ó municipales podrán imponer á todos los establecimientos de que se trate, las horas de apertura y de cierre uniformes pedidas.

(2) V. los informes del Consejo de Estado de 29 de Junio de 1893 y de 22 de Mayo de 1894, que han sustraído á la aplicación de la ley de 1892 las pequeñas industrias de la alimentación. (*Bulletin de l'insp. du trav.*, pág. 276.) Esas pequeñas industrias de la alimentación se consideraron, por el contrario, sometidas á las reglas de la ley de 19 de Mayo de 1874. (V. la circular del Ministerio de Comercio de 16 de Enero de 1877.) Sería muy de desear que el Consejo de Estado pudiera volver sobre esta jurisprudencia. La encuesta de la Comisión permanente del Consejo superior del Trabajo, ha demostrado una vez más, la necesidad de la intervención de la ley en esas pequeñas industrias de la alimentación. Esta necesidad había además sido expresamente tenida en cuenta en los trabajos pre-

TALLERES DOMÉSTICOS

Los talleres domésticos, es decir, los talleres donde no están ocupados más que los miembros de la familia, bajo la autoridad del padre, ó de la madre, ó del tutor, caen por completo fuera de la acción de la legislación. El inspector no tiene el derecho de penetrar en esos talleres, sino cuando el trabajo se hace con el auxilio de caldera de vapor ó de motor mecánico, ó si la industria ejercida está clasificada en el número de los establecimientos peligrosos ó insalubres, y, aun en ese caso, sólo para dictar medidas de seguridad y de salubridad. He ahí una excepción tanto más grave cuanto que parece que, al menos en ciertas regiones, el número de esos talleres tiende á aumentar.

Ya en 1900 los inspectores hacían constar «de una manera casi unánime la progresión constante de esos talleres. En la 11.ª circunscripción, sobre todo, su número considerable entraña un obstáculo á la aplicación de la ley á los otros industriales, que no comprenden que algunos de sus colegas se aprovechan de un régimen más favorable desde el punto de vista de la producción» (1). El mismo año, el Inspector de la segunda circunscripción (Tours) decía: «Los talleres domésticos tienden á aumentar cada vez más en regiones como la del Indra, donde se fabrican grandes cantidades de confecciones y de lencería. Para reducir sus gastos de explotación y eludir todas las leyes sobre el trabajo, los confeccionadores confían y arriendan á los miembros de una misma familia, máquinas de coser, y el trabajo se hace por piezas, en el domicilio mismo del obrero» (2).

---

paratorios de la ley de 1892. (V. el informe presentado en la Cámara de los Diputados por M. Waddington en 10 de Junio de 1890 )

V. sobre la esfera de aplicación de las leyes de 1892 y de 1900 Pic, *Traité de legislation industrielle.*

(1) *Rapports sur l'aplication, en 1900, des lois reglementant le travail*, pág. 33.

(2) *L. cit.*, pág. 32.

En el informe de la Comisión superior, de 1901, se lee también: «Los inspectores divisionarios están de acuerdo para consignar el aumento considerable que se ha producido en 1901 en el número de talleres domésticos» (1).

Por último, en 1902, el ponente de la Comisión superior decía, después de haber reproducido la opinión de varios inspectores del trabajo, que «las citas que preceden no permiten poner en duda que, bajo el impulso del interés privado, una organización industrial nueva se desenvuelve con el objeto de sustraer á las obligaciones de la ley, y en especial á la limitación de la duración legal, el trabajo de los niños y de las mujeres».

El ponente de la Comisión superior no cree, sin embargo, que la cuestión general de la vigilancia del trabajo á domicilio, resulte puesta al presente, en virtud de las comprobaciones de los inspectores del trabajo. Advierte que «los talleres domésticos, cuya concurrencia frente á la industria reglamentada parece la más temible, son los que, como en la gorrería del Aube y la pasamanería de Saint-Etienne, están organizados industrialmente, es decir, con motor mecánico». Para él, la única cuestión que hoy se plantea es la de saber si «los talleres domésticos, que, en virtud del motor mecánico que emplean, están ya sometidos á la vigilancia de los inspectores del trabajo desde el doble punto de vista de la higiene y de la seguridad, deberían ser también sometidos á ciertas obligaciones de la ley de 2 de Noviembre de 1902» (2).

---

(1) *Rapports sur l'aplication des lois, en 1901, reglementant le travail*, página 25.

(2) *Rapports sur l'aplication en 1902 des lois reglementant le travail*, pág. 24. La Comisión departamental del trabajo del Aube ha formulado la demanda de que la excepción de que goza el taller doméstico se suprima; que las leyes existentes (leyes de 1848, 1892, 1898 y 1900) sean aplicables en todas sus partes á todos los talleres sin distinción que funcionen con motor mecánico; es decir, que se derogue la disposición final del art. 1.º de la ley de 1892 1893, que especifica que los talleres domésticos no estarán sometidos más que á ciertas medidas relativas á la higiene y á la seguridad.

Quizá, en efecto, la extensión de la reglamentación legal del trabajo sólo á los talleres domésticos, empleando un motor mecánico, bastase para hacer desaparecer las mayores dificultades que suscita la concurrencia hecha hoy por esos talleres domésticos á las fábricas y manufacturas. Desgraciadamente, es harto verdad que no bastaría para resolver el difícil problema de la reglamentación del trabajo á domicilio.

Sabido es cuán lamentables son á veces las condiciones del trabajo á domicilio. El espectáculo de esas condiciones no debe, sin embargo, hacernos olvidar las grandes é incontestables ventajas que el trabajo á domicilio presenta, tanto desde el punto de vista de la independencia del obrero, como desde el de la familia. No somos de los que estiman deseable la supresión de ese modo de trabajar. No creemos que sea imposible hacer desaparecer los abusos, conservando las ventajas. Pero sólo mediante el establecimiento de salarios mínimos se podrá obtener resultados suficientes.

Es, en suma, evidente, demasiado evidente, afirmo desde luego, que la legislación francesa está muy lejos de proteger á todos los trabajadores que tienen derecho á la protección. Pero ¿asegura, por lo menos, una protección suficiente y eficaz á los privilegiados, para quienes se han hecho sus disposiciones?

No nos parece que sea permitido contestar afirmativamente.

He aquí indicadas, más bien que expuestas, algunas críticas, que no hay más remedio que formular.

RAUL JAY.

*(Continuará.)*

# SOCIOLOGÍA

## CRÓNICA DEL MOVIMIENTO SOCIOLÓGICO

**Sumario:** Las relaciónes entre la sociología y el derecho.—Oportunidad del problema.—Materiales para su estudio.—Tendencias del derecho.—Una conferencia de M. Saleilles.—Idea capital.—El derecho y la vida colectiva.—La sociología y la formación del derecho.—La escuela histórica.—Los métodos.—La sociología y la interpretación del derecho.=Libros de Lanessan, Bouglé y Basch.=G. Tarde.

Las relaciones entre la sociología y el derecho: tal es el asunto de una Conferencia explicada por M. Saleilles en la Escuela de Altos Estudios sociales de París. El tema es interesante, y de los que piden estudio detenido. Hay, sin duda, ya muchísimos materiales sobre qué trabajar; más aún que esto, en ciertas manifestaciones y tendencias de las ciencias jurídicas, se revelan ya las conexiones íntimas que de hecho existen entre la sociología y el derecho, no sólo desde el punto de vista del influjo de las nuevas orientaciones sociales, que por tal manera han roto ó rompen los moldes estrechos del derecho clásico, especialmente del legislativo, sino también en el respecto genuinamente doctrinal, como influjo de las concepciones sociológicas en las jurídicas.

Bastaríanos recordar para demostrar lo que decimos, entre otras indicaciones, primero, la transformación experimentada por las ciencias del Estado, verdaderas ciencias sociales ó de base sociológica; segundo, el cambio interesantísimo y manifiesto en la jerarquía de los problemas políticos, en virtud del cual hoy ocupan el lugar que los problemas formales y de

mera organización política ocupaban antes, los problemas de *finalidad*, de fondo, de contenido de la actividad del Estado; tercero, el carácter *social* del derecho administrativo, y en general de la administración del Estado, que comprende direcciones y servicios que no sería fácil explicar, en una concepción del Estado, como mero órgano de represión jurídica; cuarto, la orientación que sigue, cada vez con más decisión y fuerza, el derecho civil, merced á la constitución, dentro de él, de un verdadero derecho económico, industrial, obrero, en el fondo un derecho *social*, así como la renovación interna de sus cuestiones, bajo el influjo de los métodos históricos y de la aplicación del método comparativo en una amplísima esfera etnográfica; y, por último, y para no prolongar demasiado estas indicaciones meramente demostrativas, el carácter *realista*, *positivo*, que la ciencia del derecho presenta en la mayoría de sus cultivadores, aun en aquellos qué no estiman necesario romper con la tradición filosófica, ni con las aspiraciones metafísicas del espíritu humano.

Pero si, en efecto, no faltan los materiales para el estudio de las relaciones entre la sociología y el derecho, y sobran las manifestaciones indudables de la existencia histórica de esas relaciones, en el terreno práctico y en el terreno doctrinal, sin embargo, el tema en sí mismo, quiere decirse, la determinación de aquellas relaciones de una manera razonada y reflexiva, que permita señalar cómo, por qué y hasta qué punto, se afirman las relaciones entre esas dos disciplinas, no ha interesado á las gentes tanto como el asunto merece, como tampoco se ha estudiado con aquella insistencia que fuera de desear, la compenetración é interdependencia de la sociedad y de las instituciones jurídicas, ó desde otro punto de vista (psicológico), muy de moda en la sociología, la relación entre lo *social* y lo *jurídico*, ó en términos de positivismo, entre el *fenómeno social* y el *fenómeno jurídico*, como fenómeno individual, de sentimiento, de voluntad, de reflexión, que se produce en el medio social, y como fenómeno colectivo que se manifiesta

bajo el impulso de la fuerza social, de la actividad social, en forma de simple hecho, de uso, de costumbre, de ley, de institucion, de idea, de sentimiento, de aspiración de una colectividad política ó no política, afectado siempre por la condición, grado de cultura, de complejidad, etc., etc., de la colectividad misma.

***

M. Saleilles se propone directa y concretamente el tema de las relaciones de la sociología con el derecho: la relativa novedad del propósito despierta ya por sí un gran interés. M. Saleilles, por otra parte, es un jurista, no un sociólogo, en sentido estricto, lo cual aumenta más el interés de su labor, porque no siempre los juristas especialistas, admiten, sin reservas, el influjo de la sociología: cierta tradición jurídica muy importante, repugna esta especie de *democratización* del derecho, resultante del influjo de la sociología y del movimiento social: el *derecho* es algo misterioso, abstracto, artificial, creado por la razón.. , sagrado casi. A lo sumo esos juristas, han admitido el influjo renovador de la historia, como medio aclaratorio de la vida del derecho. En rigor, la acción de la sociología sobre el derecho ha comenzado de parte de los sociólogos, los que, sin embargo, como no eran juristas, no han podido penetrar tan adentro como sería preciso en las entrañas del derecho. El ejemplo de Spencer sería típico para el caso: si comparamos su explicación (sociológica) de la Justicia, con los puntos de vista sociológicos del derecho, que cabe señalar en Schäffle, la superioridad de éste es, á mi ver, indiscutible, debido á que en Schäffle hay en cierto equilibrio, el influjo del sociólogo con el del conocedor de la tradición de la filosofía del derecho, alemana especialmente. Por otra parte, el lado sociológico y social del derecho, lo han señalado á menudo los economistas: recuérdese, entre otros, el influjo importantísimo del materialismo histórico en la manera de considerar las instituciones jurídicas.

Lo malo del caso es que no podemos referirnos en estas notas al trabajo original de M. Saleilles; sólo conozco un extracto de éste, hecho por M. Pournin, é inserto en la *Revue internationale de Sociologie* (número de Abril último), en el cual, aunque seguramente estarán recogidas las ideas capitales de M. Saleilles, sin embargo, no aparecen éstas expuestas con el relieve necesario. Por ejemplo, al determinar éste (según el extracto) los límites en que va á tratar su tema, dice lo siguiente, que no resulta á la verdad muy claro: «Prescindimos de examinar qué papel corresponde al derecho en las investigaciones sociológicas: eso equivaldría á poner en cuestión la esencia y la concepción misma de la ciencia sociológica.»

Prescindiendo de esto, M. Saleilles se propone ver las relaciones á que nos referimos, desde el campo de la sociología: «es necesario, dice, fijar el papel, los límites, las funciones respectivas de las dos ciencias, y determinar la parte que á la sociología corresponde, ya sea en la formación, ya hasta en la interpretación y en la aplicación del derecho». El autor insiste mucho en este punto de vista, que indiscutiblemente tiene extraordinario interés.

La idea primera de M. Saleilles es ésta: la sociología tiene un alcance colectivo; se refiere á la vida colectiva organizada, «y toda resultante de la vida colectiva organizada, lo que llamamos la vida social, es una resultante jurídica. No hay colectividad organizada sin reglas, y esas reglas constituyen el derecho en su esencia». Siendo esto así, es decir, siendo la sociología el estudio de la vida colectiva, y siendo el derecho el conjunto de reglas de esta vida colectiva, las relaciones entre ambas disciplinas tienen que ser muy íntimas. He aquí una ley sociológica de la vida colectiva: «lo arbitrario no existe en ninguna parte; todo obedece á las leyes, aun en los pequeños grupos sometidos á un poder absoluto; porque sería absurdo identificar esta concepción absoluta de la autoridad que gobierna, con la idea de lo arbitrario. La masa es regida por sus cos-

tumbres, contra las cuales nada puede el jefe; el poder absoluto sólo se ejerce en una esfera restringida».

La índole de las relaciones entre la sociología y el derecho, según M. Saleilles, vislúmbrase con más claridad en estas líneas:

«Lo que llamamos el derecho, es el conjunto de leyes que gobiernan el organismo de la vida colectiva»—desde luego, para el escritor á que nos referimos, el derecho no pasa de ser una relación social; pero prosigamos—: «en ese derecho es en el que encarna y por el que se manifiesta todo lo que compone la vida social, y si la sociología es la investigación de las leyes que presiden esas relaciones sociales, no puede conocerlas sino á través de las instituciones jurídicas. Si, pues, se quisiera estudiar cuáles son los descubrimientos que la sociología debe al derecho, sería preciso realizar la descripción completa de las leyes sociológicas.»

***

M. Saleilles pasa luego á determinar «cómo y en qué medida la sociología puede servir, ya sea para explicar la formación, ya sea para precisar la interpretación del derecho».

Los antiguos jurisconsultos quedarían asombrados si se les hablase de la utilidad de los estudios sociológicos, para comprender el derecho. Verdaderamente no era fácil ver la dependencia del derecho respecto de la acción del desenvolvimiento social, de las condiciones sociales, mientras aquél se concibiera, tanto en lo que toca á su origen, como en lo que á su aplicación se refiere, como «un puro producto de la voluntad del hombre, orientada hacia un ideal de justicia y de razón». En otros términos: mientras se estimara el derecho como una creación libre y arbitraria, incondicionada, artificial, obra de pura comprensión intelectual de los individuos, si se quiere, del legislador.

Á la escuela histórica—cuyo influjo fecundo en la ciencia del derecho nunca se afirmará bastante—, se debe la primera

reacción contra esa manera abstracta de considerar y de explicar la obra jurídica; en mi concepto, en la escuela histórica están en plena manifestación ya, las relaciones entre la sociedad y el derecho. «Á la tesis subjetiva, Savigny opuso la concepción determinista, hostil á las formas codificadas, dando preferencia á las formas consuetudinarias, á las creaciones espontáneas sobre las creaciones razonadas. Savigny no admite otra influencia creadora que la de los individuos interesados en la aplicación misma del derecho, obrando bajo la presión de sus necesidades individuales, de conformidad con lo que creen que es la justicia y la equidad».

Á mi ver, la concepción de Savigny más importante desde el punto de vista de su influjo en el problema que estudia M. Saleilles, es la que entraña el reconocimiento del pueblo como el sujeto real de la actividad jurídica: el derecho es la obra espontánea y natural del espíritu del pueblo: he ahí una indicación profunda, y que ha sido fecundísima, de las relaciones de interdependencia del derecho y de las instituciones jurídicas y de la colectividad en cuyo seno aquéllas se elaboran.

«Las ideas de Savigny—añade M. Saleilles—eran en parte excesivas y en parte inexactas; pero mediante ellas y con ellas se abrieron nuevos horizontes á la ciencia jurídica: eran lo que ahora llamamos la sociología».

***

La revolución en el derecho se manifestó de una manera natural, merced á la imposición lógica de nuevos métodos.

«Si el derecho es el producto, no de la voluntad, sino de la historia, es necesario investigar según qué leyes se crea.

»El método de observación tiene en adelante que servir de base al análisis de las leyes del desenvolvimiento jurídico.»

El método de observación ha tenido en el derecho principalmente un carácter histórico; pero este método hubo de ampliar su esfera meramente nacional, para convertirse en el mé-

todo comparativo, «que penetra más adentro, en el dominio de los estudios sociológicos, á fin de establecer las relaciones de proximidad entre los pueblos de civilización similar...»

Sin duda, la aplicación del método comparativo es una de las operaciones que, en mi opinión, han favorecido más la intimidad entre el derecho y la sociología: al indagar la constitución positiva de las instituciones jurídicas mediante la comparación, ha sido preciso penetrar en el fondo de su estructura social, y al reconstruir la evolución de dichas instituciones mediante el método comparativo, se ha hecho obra genuinamente sociológica.

«Se ha dicho que se ha exagerado no poco este método, y que se ha abusado de los salvajes. La censura no es exacta. Cuanto más civilizado es un pueblo, más soberano es el procedimiento legal; y si la ley no es más que una apariencia, si las fuerzas inconscientes de las masas populares entran en juego, el análisis sociológico deberá estudiar las masas inorgánicas en su estado de cultura primitiva.»

De ahí la importancia excepcional que para el jurista han alcanzado los estudios económicos, etnográficos y antropológicos: de ahí la necesidad de constituir una verdadera etnología jurídica, y de traer á consideración crítica todas las instituciones de todos los pueblos. y de determinar y explicar su naturaleza, en vista de las condiciones propias y del grado especial de cultura social, y aun de la estructura psicológica del pueblo en que dichas instituciones se han producido.

Ciertamente, las investigaciones jurídicas de base sociológica, y más especialmente etnográfica, no han formulado aún verdaderos resultados definitivos. M. Saleilles recuerda, por vía de ejemplo, el problema de la evolución. «Nadie discute—dice—su realidad; pero á las concepciones, un poco demasiado sistemáticas, que se han hecho, se puede oponer, y la demostración de M. Tarde es inquebrantable, que no es posible admitir una ley de identidad absoluta, que consista en recortar el desenvolvimiento histórico del derecho en ramas distin-

tas, perfectamente similares, fases por las cuales los pueblos deben pasar sucesivamente.»

***

Pasemos ya al punto interesantísimo de las influencias sociológicas sobre la aplicación y la interpretación del derecho.

«Sabemos—dice M. Saleilles—que el derecho evoluciona como todas las cosas; pero los influjos que dirigen su evolución son diversos, y sería inexacto atribuirle en todas partes las mismas fases de desenvolvimiento.» Pero «en el fondo de todo cambio jurídico hay dos elementos: uno, de carácter puramente egoista; el otro, de un carácter puramente ideal. El primero proviene de los intereses materiales de la colectividad lesionada. Quien quiera que en una sociedad sea menos bien tratado que las demás, sufre por esta situación, y todas sus fuerzas tienden á modificar este estado de cosas. Solo es impotente; pero que la colectividad se organice, que se convierta en un organismo social, y la idea del derecho se hará luz.»

M. Saleilles añade luego el influjo de los factores sociológicos sobre el desenvolvimiento del derecho, en cuanto pueden aquéllos obrar en la modificación del ideal jurídico; habla, además, de la fuerza de la costumbre, de la dificultad de la reforma real del derecho, aun en los pueblos de Códigos, para llegar á afirmar la necesidad de la interpretación histórica y evolutiva de la ley, como «procedimiento que del texto antiguo, siempre respetado, haga surgir una nota nueva».

«Uno de los primeros principios del derecho moderno es que el Juez debe aplicar y respetar la ley en los casos exactamente previstos por ella, y reconstituir la voluntad del legislador en los otros casos, que son los más numerosos. Pero al Juez se pregunta, no lo que habría querido el legislador de otros tiempos, sino lo que desearía el legislador de hoy. De hecho tiene en cuenta las condiciones sociales del presente, no del pasado; pero, por otra parte, está ligado por el pasado y obligado á poner su sentencia en armonía con los principios

y las reglas que están á su cuidado. La ley es un molde flexible, que dará el sello del derecho á los nuevos fenómenos de la vida social.»

«Las bases científicas, añade M. Saleilles, de la interpretación evolutiva; he ahí lo que hoy nos toca investigar y fijar fuera de las concepciones subjetivas del Juez, porque sería peligroso que cada cual pueda tener una concepción particular de la equidad y de la justicia. Es preciso, pues, que la ciencia positiva fije las reglas de la evolución del derecho; es preciso que el Juez tenga conciencia de los factores sociológicos del progreso jurídico.»

Después de una alusión á ciertos ejemplos «célebres de interpretación atrevida de la ley», se lee: «La justicia del buen Juez de mañana, no será, de cierto, la justicia del buen Juez de hoy. Esos ensayos individualistas y arcaicos de una justicia de equidad, queremos sustituirlos con las bases objetivas científicas y sociológicas de la justicia social. No puede admitirse que una ley nueva, la del Juez, sustituya á la ley existente, por obra del Juez mismo. Eso equivaldría á la anarquía judicial. Pedimos que los factores que concurren á la evolución del derecho—factores morales, económicos, sociológicos—sean tomados en consideración por el Juez, como bases objetivas y científicas de su interpretación, á condición de ponerlas en armonía con el derecho del Juez, si no se corre el riesgo de sacrificar á un progreso imaginario, la libertad, el orden y el sentimiento de la legalidad.»

El extracto de M. Pournin termina con estas palabras:

«La sociología, después de haber servido de explicación científica á los orígenes históricos del derecho, llegará á ser el factor principal de la interpretación de la ley.»

*
* *

Libros:

La *Bibliotheque génerale des Sciences Sociales*, de Alcan, en la que figuran obras de MM. Saleilles, Tarde, Turmann, Metin, Scignobos, Duclaux, Bureau, Vandervelde y otros, se ha enriquecido en estos últimos meses con tres interesantes libros, á saber: *La Concurrence sociale et les deboirs sociaux*, de Lanessan; *La democratie devant le science*, de C. Bouglé, y *L'individualisme anarchique, Max Stirner*, de V. Basch.

La obra de M. de Lanessan es la continuación de otra publicada en la misma Biblioteca sobre *La lutte pour l'existence et l'evolution des societés*; la tesis de esta primera parte, según el propio autor, es la siguiente: una rectificación de la aplicación pura y simple de la hipótesis darwinista á la vida social; «se cometería, dice, un error grave y peligroso si, siguiendo el ejemplo de ciertos filósofos y economistas, y como el propio Darwin pareció suponer, se considerase la «lucha por la existencia» en la especie humana, como debiendo producir necesariamente la evolución ascendente de todas las sociedades formadas por los hombres. Creo haber sentado, por el contrario, que la lucha por la existencia ha conducido fatalmente hasta el día á todas las sociedades humanas, á la degeneración del mayor número de individuos, por las miserias que los más fuertes imponen á los más débiles». Refiriéndose á la obra última, M. Lanessan escribe: «Los hechos que estudiaremos en la primera parte de este libro, relativos á tres tipos distintos de sociedades humanas, establecen de una manera irrefutable, que no sólo sufre siempre, la masa inferior á causa de la lucha por la existencia hasta caer en una degeneración más ó menos general, sino que también sufren las clases superiores, y los individuos mejor dotados acaban por sentirla, cuando la lucha se prolonga demasiado.»

«De ahí resulta la necesidad de la intervención de los poderes públicos entre los partidos en lucha, á fin de impedir que ésta no produzca efectos dañosos...» De ahí la afirmación de los llamados *Deberes sociales*.

El asunto del libro de M. Bouglé, el autor de otro importante trabajo sociológico, sobre *Les idées egalitaires*, entraña un problema que hoy preocupa á cuantos contemplan y estudian el interesante fenómeno de la *Democracia*.

«¿Qué debemos pensar, dice el autor, del movimiento democrático? Las ideas igualitarias que lo dirigen, ¿son legítimas ó ilegítimas, prácticas ó utópicas? Qué debemos hacer, ¿esforzarnos por secundarlo ó por impedirlo?»

«Pero, ¿dónde encontrar el signo del progreso, el criterio del bien y del mal, la medida de los valores que permita decidir definitiva y «objetivamente» entre partidarios y adversarios de la democracia?»

Los resultados de «las ciencias», quiere decirse de una manera más especial, de la biología y de las ciencias naturales, ¿son favorables ó adversos al triunfo definitivo y moral del espíritu democrático?

Porque nuestro mundo actual se siente atraído por dos ideales, que es preciso ver si coinciden ó se excluyen: el ideal científico y el ideal democrático. «La ciencia, he ahí la hija querida del espíritu moderno, su creación propia, en la cual se mira y se complace... Nuestra civilización es, al propio tiempo que la civilización democrática, la civilización científica por excelencia.»

Sin entrar ahora en el fondo del asunto, lo que nos llevaría muy lejos, de seguro el lector admitirá que hay en todas esas preguntas un problema interesantísimo, uno de los problemas capitales de nuestros tiempos; problema además importante en sí, é importante en sus relaciones con otros que tocan en las más hondas preocupaciones humanas.

Sólo añadiré que el libro de M. Bouglé contiene una «contribución» de las más aprovechables para el estudio sereno y reflexivo, *científico*, en suma, del tema.

Pocas palabras he de decir acerca de la monografía sobre el difícil *Max Stirner*, y el no menos difícil *Individualismo anárquico* de M. Basch. Stirner, el autor de *El Unico y su pro-*

*piedad*, olvidado durante algunos años, se estudia ahora con especial interés, por cuantos quieren enterarse y explicarse la evolución reciente de las ideas sociales y jurídicas. M. Basch, después de hablar de esta resurrección de Stirner, divide su importante trabajo en dos partes: la una destinada á presentar á Max Stirner (Juan Gaspar Schmidt) como teórico del individualismo anárquico; la otra dedicada á exponer el individualismo anárquico como síntesis del individualismo del derecho y del anarquismo.

La primera parte es un trabajo muy completo sobre el filósofo, estudiado éste en su vida, en el medio de ideas donde se forma su espíritu (el movimiento hegeliano), en sus libros, y de una manera más particular, en la obra capital de Stirner: *El Unico y su propiedad*.

La segunda parte contiene una exposición de doctrinas: del individualismo del derecho, del anarquismo y del individualismo anárquico (síntesis).

El 13 de Mayo último, murió en París repentinamente M. Gabriel Tarde «el sabio y sutil sociólogo francés». No tengo espacio para hacer un estudio sobre tan eminente escritor criminalista importantísimo, y filósofo de la ciencia social. Lo haré quizá con más detenimiento en otra ocasión. En poco tiempo la sociología ha perdido varios de los representantes más ilustres de los distintos países: Spencer, inglés; Schäffle, alemán, y Tarde, francés. Nosotros perdimos también á González Serrano, el autor de *La Sociología científica*.

G. Tarde, escribió muchos y muy buenos libros: sin ánimo de dar aquí una lista completa de sus trabajos, recordaré *Les lois de l'imitation*, *La Logique sociale*, *L'Opposition universelle*, *La criminalidad comparada* (trad. esp.), *Las transformaciones del derecho* (trad. esp.), *Les transformations du pouvoir*, *Les lois sociales*, *La psychologie economique*, etc., etc.

ADOLFO POSADA,
Catedrático de la Universidad de Oviedo.

# SOBRE MEJORAS A LOS NIETOS EN VIDA DE SU PADRE (*)

**Tercer Considerando.**

Vengamos ahora al tercer Considerando, único en que la sentencia toma en cuenta el organismo legitimario del Código civil, y que, por lo mismo, comprende lo más esencial de la doctrina. Dice así la parte del mismo que aquí nos interesa:

> «Considerando que no solamente no aparece semejante intención, expresada en sentido contrario á lo tradicional, ni en la ley de Bases ni en el Código, como seguramente se hubiera hecho constar de manera indudable si aquélla hubiese sido la de variar ó modificar extremo tan importante de nuestra legislación, sino que, por el contrario, después de establecer el art 823 que el padre ó la madre podrán disponer sin distinción á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes, en concepto de mejora, de una de las dos terceras partes destinadas á legítimas, prescribe el 824 que no podrá imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios ó sus descendientes; revelando así esta oposición entre hijos y descendientes, descendientes y legitimarios, con suficiente claridad, que el legislador ordena y autoriza bajo la impresion é influencia de la facultad tradicional reconocida á los abuelos, como además lo corrobora el art. 782, que, aunque se refiere á instituciones fideicomisarias, se halla inspirado fundamentalmente en el mismo principio.....»

En cuanto á lo de que seguramente se hubiera hecho constar en el Código de una manera indudable, si la intención hubiese sido variar ó modificar extremo tan importante de

(*) Véase la pág. 409 de este tomo.

nuestra legislación, creo haber expuesto ya lo suficiente para demostrar que los preceptos que necesitan una declaración expresa son los que—como el de la ley 18 de Toro—contradicen al sistema total de la institución en que se contienen; no los que son consecuencia y como elemento *natural* de la misma; y de esta especie es la prohibición de mejorar al nieto que no es heredero forzoso. Por eso no envuelve trascendencia alguna la omisión de esta declaración terminante y concreta; ni del silencio de la ley puede inducirse la existencia de la facultad de hacer extensiva á los nietos en vida de sus padres la mejora, sino todo lo contrario. Aparte de que no es cierto que en el Código no se haya hecho constar de una manera indudable la prohibición.

Demostraremos uno y otro, y con ello quedarán rebatidos los argumentos de este Considerando.

Por nadie puede ponerse en duda que la *mejora*,—según la organiza el Código civil, de perfecto acuerdo en este punto con la ley de Bases—, es una parte integrante de la *legítima*. Léanse los artículos 808 y 823, y dígase después si existe alguna inexactitud en tal calificación. Si, pues, la mejora es parte de la legítima, sea cualquiera el destino de aquélla entre los hijos del testador, de ningún modo, por ningún concepto, podrá ir á parar en todo ó en parte á quienes no acrediten derecho á ésta. Si es una *parte* de la legítima—y entiendo que las palabras textuales del art. 823 no permiten dudarlo ni discutirlo, pues hablan *de las dos terceras partes destinadas á legítima*, una de las cuales *se llama mejora*—, habrán de aplicarse á ella todas, absolutamente todas las disposiciones *genéricas* que en el Código hacen referencia al *todo*. De lo contrario, se impondría necesariamente un cambio radical en el método y en el lenguaje del Código mismo, una separación de legítimas y mejoras, como si se tratase de instituciones independientes; y ya vemos que no es así.

Si todas las disposiciones de carácter genérico aplicables al todo, *legítimas*, lo son también á la parte, *mejoras*, habrá de

serlo necesariamente la de que los nietos no tienen derecho á ella sino cuando representan á sus difuntos padres; pues, de lo contrario, sería precisa una disposición expresa de *carácter excepcional*, que no existe, para eximir á la *parte* llamada *mejora* de la regla general que afecta al *todo* llamado *legítima*. Decir otra cosa sería quebrantar, con respecto á la *parte*, los principios fundamentales que organizan el *todo;* por donde resultaría que no era precisamente el *todo* el gobernado por aquéllos, sino tan sólo *la otra parte* restante. Pero el Código, cuando define la legítima, cuando concretándose á la de los hijos, señala en el art. 808 el contenido que la caracteriza al frente de las disposiciones que la regulan, no se refiere sólo al tercio que se suele llamar de *legítima estricta ó corta*, sino que habla expresamente de *las dos terceras partes* del haber hereditario, marcando bien el mismo sentido en las palabras del párrafo siguiente, en donde se dice que podrán los padres disponer de una parte *de las dos que forman la legítima* para aplicarla como mejora. ¿Hay duda alguna respecto á tal extremo? ¿Hay quien pueda afirmar, despues de esto, que todo lo que no sea disposición del Código expresa y exclusivamente aplicable á cada una de dichas dos partes, por ordenarlo así la ley, lo será en general al *conjunto* que forman una y otra? ¿Hay quien pueda dudar que las reglas *especiales* referentes á las mejoras deben ser completadas y suplidas por las de *carácter general* establecidas con motivo de las *legítimas* en su total comprensión? Pues dígasenos ahora por qué disposición expresa y terminante del Código, la regla de que los nietos sólo acreditan derecho á la *legítima* cuando concurren en representación de sus difuntos padres, y nunca en vida de éstos, se ha limitado á la legítima llamada *estricta*, ó sea á un solo tercio de los dos que forman la *legítima total*, excluyendo al otro que se llama *mejora*.

Pues en tanto que tal disposición expresa no se nos demuestre, no estaremos jamás autorizados á sobreentenderla ó presumirla, porque, como creo haber demostrado, la lógica con-

duce á todo lo contrario, á partir del principio inconcuso de que la mejora es parte integrante de la legítima.

Esta argumentación, basada toda ella en el principio—á mi juicio *incuestionable* después de leer el Código—de que la mejora es parte integrante del organismo de las legítimas, es enérgicamente combatida por *Mucius Scævola*, cuyas palabras conviene consignar en este punto, para evitar el peligro de toda interpretación arbitraria.

«Ni la mejora, dice este escritor, es jurídicamente un aumento de la legítima, ni, por tanto, cabe afirmar rotundamente que sólo puede hacerse al heredero forzoso cuando lo es..... La mejora es propiamente tal, un caso de *especificación*, ó sea una especie jurídica formada por la mezcla de la legítima y de la libertad de disposición, y distinta, por consiguiente, de ambas. Así, que ha de regirse por las disposiciones especiales establecidas para ella por el legislador, y no ha de entenderse que por el mero hecho de ser mejora corresponda en exclusiva á los que sean herederos forzosos del mejorante en el momento de concederla, sino á los que pueden serlo.»

«Descansa la segunda objeción (el autor viene examinando correlativamente los argumentos de Navarro Amandi en defensa de la tesis negativa) en la supuesta igualdad absoluta, ó mejor, en la identidad entre la legítima y la mejora, y adolece, en su consecuencia, del mismo defecto. La legítima es un derecho hereditario *forzoso* que corresponde solamente á las personas mencionadas en la ley y por el orden derivado de su propia cualidad, ó sea al descendiente más próximo, y por su muerte al de grado sucesivo; la mejora, esto es, el hecho de disponer el testador en beneficio de un descendiente, reconoce un origen *voluntario*, pues el ascendiente puede dejar el todo ó una parte de ella á quien quiera, dentro de un círculo de personas determinadas, sin que conste en parte alguna prelación de unas respecto á otras, ni en realidad pueda existir tal idea de prelación, por ser antagónica de la naturaleza voluntaria de la mejora.

»La alegación de la circunstancia de que el nieto concurra con su padre á la sucesión del abuelo, se inspira en la misma idea que preside á toda la argumentación que combatimos. Sería anómalo, en efecto, que un nieto concurriese con su padre á la sucesión del ascendiente con derecho de igual naturaleza; pero no hay anomalía ni fenómeno cuando concurren con derechos de índole distinta. El hijo acude á la sucesión por y para su *legítima*; el nieto, por y para su *mejora;* van á distinto lugar y por diverso camino; no hay temor á choque jurídico ó conflicto alguno» (1).

Hasta aquí Mucius Scævola. Ahora yo me permito suplicar al lector que compare la manera de argumentar del respetable comentarista, cuyas palabras acaba de leer, con la que poco antes me ha servido de fundamento para afirmar que la mejora es parte del organismo de las legítimas. Allí habrá percibido toda la dinámica de la institución, que he procurado poner ante sus ojos, para que resaltase con claridad meridiana lo que demostrar me proponía; allí habrá visto la íntima trabazón del articulado del Código, único texto de que nos es lícito echar mano en el presente debate, y habrá observado que, por mi parte, procuré no ocultar la importancia de ninguna dificultad legal ó técnica, intentando hallar la solución adecuada de todas ellas. Por el contrario, en el razonamiento inverso que he copiado, entiendo—salvando toda clase de consideraciones, en las que va envuelta mi sincera admiración al meritísimo trabajo del acreditado comentarista—, que no hay sino afirmaciones totalmente gratuitas y desprovistas de aquella serena gravedad y desapasionamiento que requiere la misión del intérprete de las leyes. Yo no me cansaré de proclamar la utilidad inmensa, los inapreciables servicios hechos á la cultura jurídica española por esta publicación, cuyo autor, por el mismo hecho de ser, para mí al menos, personalmente desconocido, es acreedor á los mayores respetos. Pero así re-

(1) Q. Mucius Scævola, tomo 14, pág. 439.

movida toda sospecha, ha de serme permitido afirmar también con la libertad que constituye el fuero de la investigación científica, que encuentro desprovista de sentido técnico-jurídico é histórico-legal la peregrina teoría sustentada por M. Scævola; y más aún, que la considero como un engendro de la necesidad de sostener una tesis acariciada *à priori*, y que, como todas las que se hallan en este caso, conducen luego á sus autores al peligro de ver en la realidad de las cosas, no lo que ella es, sino lo que se desearia que fuese para satisfacer nuestras aspiraciones.

Así, supongo que no habrá en España jurista familiarizado con esta clase de estudios, que, después de bien considerada, no aplique la misma calificación que yo he aplicado á la teoría de Scævola. ¿Qué significa ese caso de *especificación* inventado por el comentarista, y que consiste, según él, en *una especie jurídica formada por la mezcla de la legítima y de la libertad de disposición, y distinta, por consiguiente, de ambas?* Especie jurídica sí lo es la mejora; pero especie comprendida dentro de un *género común*, en que convive con la otra especie, que, juntamente con ella, integra aquél, ó sea con la llamada *legítima estricta ó corta*, para formar unidas el género *legítima amplia ó larga* Este es el lenguaje constante de la jurisprudencia, y, por mi parte, confieso que hasta que he leído el párrafo de Q. Mucius, antes transcrito, jamás había conocido otro. *Especie*, sí; pero *especificación*,—entendiendo por tal la formación de un producto nuevo, resultante de una mezcla de elementos heterogéneos, que no tienen un origen común, y que, además, son antitéticos, se repelen mutuamente, y sólo por aquella genial *accesión* inventada por el comentarista, vienen á producir esa entidad *sui generis*, que el autor nos ofrece aquí como representación de la *mejora*—: eso no puede ser admitido; eso riñe con el sentido tradicional español, vigente aún en la naturaleza de las mejoras, y riñe con la definición de las mismas que en el Código se contiene. No hay *mezcla* de legítima y de libertad: hay sólo ramificación de la primera. El sentido clásico

y el sentido actual de la palabra *libertad*, en punto á la que los testadores gozan en España, está representado: en el derecho histórico por el *quinto*, y en el vigente por el *tercio*, de que puede disponer á favor de *extraños*. Esta es la única significación técnica, legal, admitida, de aquella palabra en el derecho sucesorio castellano. La mejora no traspasa sus confines; la mejora, en el Código, se detiene allí donde empiezan los dominios de esa *libertad*, invadiendo sólo el otro campo, el de la *legítima extensa*. No hay, pues, tal *especificación*, en el sentido de Scævola: esa teoría se derrumba por la inexactitud de sus pretendidos fundamentos. La *mejora* no es, por tanto, una *especie nueva*: es la vieja y tradicional *especie* comprendida en el género *legítima*, donde convive con la otra *especie similar*, que, juntamente con ella, constituye toda la reserva legal de los herederos forzosos (1).

---

(1) Tal vez el haber cedido á las exigencias de la tradición en nuestro lenguaje técnico legal, lleva envuelto el peligro de una fácil sinécdoque en el empleo de las palabras que representan las instituciones jurídicas que estudiamos. Si inventásemos un término especial y distinto para la designación de la especie *legítima corta* dentro del género *legítima larga*, sin el necesario empleo de esos adjetivos, que casi siempre se omiten, por brevedad, en el lenguaje corriente de la vida, y que, sin embargo, envuelven hoy el complemento y la *característica* de la idea á que en concreto nos referimos en cada caso, tendríamos evitado aquel peligro, con gran ventaja para la precisión de nuestro tecnicismo. Quizá la palabra *reservas*—que en el Código alemán representa la idea total del derecho que corresponde á los que nosotros llamamos *legitimarios*, y que en los Códigos francés y belga, sin hallarse, como en aquél, consagrada en el epígrafe de la sección correspondiente (5.ª del libro IV), aparece en el articulado con la misma significación—, sería para nosotros algo peligrosa, porque esa palabra *reservas* tiene en el Derecho español un significado técnico también tradicional y expresivo de una idea distinta de la que significan las legítimas. Hay también la diferencia entre nuestro Código y todos los demás de Europa, de que en los últimos no se nota esta necesidad de precisar el tecnicismo, porque no existe la ramificación de los derechos legitimarios en dos especies, por el motivo de no ser conocidas las mejoras. Pero un Código americano—el de Guatemala—, que reconoce esta institución, evita el peligro que en el nuestro hemos observado, no dando el nombre de *legítimas* al concepto genérico, sino expresándolo bajo un enunciado general, en estos términos: *De lo que se permite y de lo que se prohibe á los testadores*.

¿Qué más? El mismo autor, en otra página del mismo tomo, se expresa en los términos usuales y corrientes. Hablando en otro lugar de la naturaleza de las mejoras—olvidado, sin duda, de la cuestión que más adelante había de resolver en el sentido que lo hace—, en un párrafo encabezado con este expresivo título «DE LOS HEREDEROS FORZOSOS: MEJORAS» explica la naturaleza específica de esta institución con las siguientes palabras: «La *mejora* actual consiste en la mitad de los dos tercios que constituyen la *legítima*. En otros términos: MEJORA = *á la llamada* LEGÍTIMA CORTA» (1).

Y aun podemos registrar otra declaración tan espontánea como la anterior, y quizá, si cabe, más expresiva, en el libro de M. Scævola. Porque en la correcta exposición de los principios fundamentales de nuestro sistema legal que hace antes de entrar en el estudio exegético del articulado del Código, se contiene esta confesión, que no puede ser más significativa. Dice así el texto á que me refiero—después de manifestar que en el Código conviven armónicamente los tres principios de *la legítima, la mejora* y *la libre disposición*—: «Y en este concierto de los tres principios dentro de una regla positiva civil, todos viven sin menoscabo alguno y con mutua dignidad, porque cada uno tiene su jurisdicción propia sobre igual extensión cuantitativa (un tercio), resultando á la vez, *por la atracción espontánea de la legítima y de la mejora, determinante de su fusión en un solo cuerpo jurídico*, un beneficioso y nada abusivo predominio del principio de la reserva sobre el de la libertad de disponer» (2).

***

Habla M. Scævola—en el segundo de los párrafos en que se contiene el núcleo de su argumentación en favor de la tesis afirmativa, y que dejo copiados en una de la páginas anteriores—, del origen voluntario de la mejora, y trata de explicar-

(1) En el mismo tomo, págs. 14 y 15.
(2) De la misma obra y tomo, pág. 167.

lo en el sentido de que el ascendiente puede dejar el todo ó parte de ella *á quien quiera* dentro de un círculo de personas determinadas. Pero la dificultad está aquí en determinar la extensión ó diámetro de ese círculo, y eso es lo que no se nos dice; eso es lo que al menos no se prueba que sea lo que pretende el autor. Es verdad que en ninguna parte consta la prelación de unas respecto á otras entre las personas llamadas á gozar de este beneficio; y es verdad también que mal podía constar, puesto que si hubiese *prelación*, no habría *libertad* para elegir entre ellas. Pero no se trata de esto: se trata de determinar *quiénes son esas personas*, y, como se ve, en aquella consideración que el autor presenta con alguna apariencia de fundamento, se elude la respuesta á esta última pregunta, y no se hace sino dar por supuesto que esa contestación es la favorable á los planes del autor. Estúdiese bien esto, con criterio desapasionado, y se verá cómo el párrafo á que me refiero, queriendo decir mucho..., nada dice.

Pero aun hay más respecto de esto, y ruego al lector que fije su atenta consideración en lo que sigue. Se dice por mis adversarios que la mejora *es de todos, pertenece á todos* los hijos y descendientes de ulteriores grados, *simultáneamente*, quedando al arbitrio del ascendiente designar entre todos ellos la persona que ha de disfrutarla. Si esto es así, tendremos que en tanto que el padre ó ascendiente no haga la designación de la persona ó personas que han de ser beneficiadas, *todas ellas*, ó, lo que es lo mismo, *todas las comprendidas en dicho círculo extenso* tendrán, sobre la porción ó tercio de mejora, *un derecho ideal, una esperanza ó posibilidad jurídica*, que no se concreta hasta que el ascendiente haya hecho uso de la expresada facultad. Ahora bien: el ascendiente puede hacer ó no hacer uso de ella; puede mejorar ó no mejorar, dejando, en este último caso, que la ley y la naturaleza de las cosas suplan su voluntad. Si hace uso de su derecho, si mejora á alguno de aquellos á quienes puede hacerlo, no hay dificultad. Pero ¿y si no mejora? En este caso, por lógica gravitación de las cosas,

*aquel derecho ideal, aquella esperanza, aquella posibilidad jurídica*, necesariamente han de venir á realizarse, han de hacerse efectivas *en todas las personas entre las cuales podía elegir el testador*, en todas las que se hallaban comprendidas en aquel círculo. De lo contrario, vamos al absurdo; de lo contrario, la ley concedería la esperanza á quien deniega la realidad; la ley otorgaría un derecho ideal, una posibilidad jurídica, á quien *ella misma* después impediría la realización de aquel derecho en la práctica, autorizando así una especie de *desheredación tácita*. En una palabra: si todos los descendientes del testador son llamados por la ley á la *posibilidad* de participar de la mejora, todos ellos, *necesariamente* han de serlo á la *realidad* de la misma, cuando aquel no ha querido hacer uso de su derecho de elección; es decir, que en tal hipótesis, muerto el ascendiente sin haber dispuesto especialmente de la mejora, ésta debe ser distribuida *por igual entre todos* los que tenían derecho ú opción á ella. ¿Es esto cierto? ¿Es esto evidente? ¿Hay necesidad de demostrar la lógica que preside á este razonamiento?

Pero lo que ocurre es que en la realidad no existe semejante consecuencia, sin que nadie se atreva, no obstante, á protestar de la contradicción que este hecho encierra. Es lo cierto que cuando un ascendiente muere sin testar ó sin disponer especialmente del tercio de mejora, este tercio *no se distribuye por igual entre todos sus descendientes de diferentes grados*, sino que se limita á los *del más próximo* y á las *representaciones* de estos mismos que hayan fallecido. Jamás participan de él, en este caso, los nietos en vida de sus padres.

Será preciso, pues, afirmar que el testador que no quiere hacer uso de su facultad de mejorar, perjudica, roba á sus nietos y á sus biznietos la parte que les corresponde en este tercio de su caudal, y que basta la voluntad negativa de él, manifestada con su silencio, para que estos órdenes de descendientes queden *genéricamente* privados de toda participación en ese tercio que les corresponde.

Porque, como se ve, no hay posibilidad de decir que en tal caso los nietos quedarían en la misma situación que el hijo no mejorado. No: este hijo, en la hipótesis á que vengo refiriéndome, participa del tercio de mejora en una parte igual á la de todos sus hermanos; este hijo nada pierde, nada se perjudica si el padre no quiere mejorar á ninguno; y el nieto y los demás descendientes, como hemos visto, sí.

Y ahora, ¿hay quien se atreva á sostener que en la citada hipótesis la mejora se distribuye *entre todos*, los hijos y los demás descendientes que viven simultáneamente con sus padres, para salvar así el absurdo jurídico de la teoría que combato? ¿Hay quien sostenga esto? No; nadie. Cuando el ascendiente fallece sin testar, ó testando, pero sin haber hecho uso de su facultad de mejorar, los dos tercios de su caudal, esos dos tercios que constituyen la reserva obligatoria para los herederos forzosos, *la legítima* y *la mejora*, se distribuyen por iguales partes, como queda dicho, entre todos sus hijos vivos y las representaciones de los otros que hayan fallecido, y nada más que entre éstos: nada para los nietos, nada para los demás descendientes que tengan, á su vez, padre ú otro ascendiente interpuesto entre ellos y el testador. Esto lo dispone la ley; esto nadie lo niega. ¿Por qué, pues, tanta crueldad? ¿Por qué esa burla sangrienta de las esperanzas que la ley misma les hiciera concebir, según la teoría que combato? A los hijos la ley les prometió esperanzas; pero, al fin, muerto su padre sin haber distinguido á ninguno, se las ha convertido *á todos ellos* en hermosa realidad, dando á cada uno su parte en lo que era de todos, porque el padre no quiso destinarlo especialmente entre ellos, favoreciendo á alguno. Pero con los nietos obró de otra manera muy distinta la ley: á éstos les ha burlado, á éstos les ha desamparado, y porque el abuelo no ha querido elegir entre ellos, *á todos les ha quitado* lo que falazmente les prometiera, en vez de distribuirlo entre ellos por igual para realizar sus esperanzas y hacer efectivos sus derechos eventuales. ¿Por qué esta diferencia? ¿Dónde está escrita?

Señálennos los mantenedores de la tesis que combato la razón por la que se ven precisados á admitir semejante *anomalía*, ó expliquennosla de algún modo. ¿Qué sistema es éste, que así se destruye *por sí mismo?* ¿Qué teoría la que así lleva en sus propias entrañas el monstruo que la devora?

Convengamos, pues, en que la mejora es y ha sido siempre una *parte* de la legítima, parte que sigue la misma suerte, que tiene el mismo destino y que, salvo las reglas especiales expresamente establecidas para su particularidad, se rige por los principios fundamentales y las reglas de carácter general que organizan el *todo*.

***

Argumento, al que no doy importancia decisiva, pero que no hay por qué omitir en apoyo de mi tesis, es también el que se deriva de la constitución gramatical del vocablo con que se designa la institución que estudiamos. La palabra *mejora* es por sí misma de alguna significación en orden á nuestro problema. Es un término comparativo que, ó envuelve una manifiesta impropiedad léxica, ó significa una *relación de superioridad* con referencia á otro término cuya existencia se supone. Concíbese la *mejora* como algo que hace de *mejor* condición al que la disfruta; y el término *mejor* es siempre expresivo de aquella relación de superioridad con algo que es simplemente *bueno*. No se dice nunca *mejor* en sentido *absoluto* ó *positivo*; esa palabra evoca la idea de algo que, siendo bueno, no lo es tanto como lo significado por ella. Ahora bien: siendo, como son, estas verdades indiscutibles, resulta que, dentro de la teoría que sustento, es perfectamente propia la palabra *mejora* con aplicación á la parte del caudal hereditario que se da á un heredero *sobre la legítima*, *además de ésta*, viniendo á hacer *de mejor condición* al así favorecido; porque es *mejor* tener *algo más*, que disfrutar de la *legítima sola*, siendo esto último bueno en sí. Mas en la teoría contraria resulta impropia la palabra, porque el nieto que en vida de su padre percibiese una por-

ción del tercio de mejora, según el testamento de su abuelo, no podría correctamente llamarse *mejorado:* ni con relación á los hijos del testador, porque le faltaría la base de toda mejora propiamente dicha, que es el término *positivo «legítima»*, con referencia al cual, y sólo así, es *comparativo* el vocablo *mejora*; ni con relación á otros nietos no beneficiados, ni aun con respecto á él mismo considerado como lo que es, como un extraño á la legítima: porque aquéllos *nada* en absoluto percibirán, y él participaría *sólo* de la liberalidad de su ascendiente, que sería un *bien* en sí mismo, pero no haría *mejor* su condición, por falta de término comparativo con el que establece esta relación de superioridad. El *mejorado* propiamente dicho no podrá nunca percibir *menos* que el heredero normal ó el legitimario: es preciso, para que pueda llamarse tal *mejorado*, que perciba *más*, á saber la parte correspondiente como tal heredero, y sobre ella, lo que se le agrega en el concepto de mejora. De otro modo, podrá haber un legado ú otra liberalidad cualquiera; pero una *mejora*, no. El nieto que no tiene la cualidad de heredero forzoso por representación de su padre, no puede, por tanto, ser mejorado.

***

Por otra parte, la invocación de la ley de Bases, que hace también la sentencia en este tercer considerando, resulta contraproducente para sus fines; porque es precisamente en la base 16 donde no aparecen las frases que en el Código pudieran ser motivo de alguna duda ó confusión. La base 16, hablando de las dos terceras partes del caudal que integran la reserva legal á favor de los hijos, dice: «Una que constituirá la legítima de los hijos, y otra que podrá asignar el padre á su arbitrio entre los mismos.» Como yo no trato de eludir dificultad alguna en esta discusión, porque la más perfecta sinceridad de pensamiento preside á mi discurso—y prueba de ello es que si me guiase por mis simpatías de *orden ideal*, sin vacilar declararía que todas ellas están del lado de la más

amplia libertad en el orden civil, aspiración, no obstante, de sentido opuesto á la tesis que *una imparcial exégesis* del Código me obliga á defender—, he de confesar que las copiadas palabras de la ley de Bases envuelven un concepto de la *legítima* más restringido que el del Código, y así como una tendencia á considerar como tal solamente la llamada *estricta*. Pero nótese que yo no invoco en mi favor el argumento que de dicha ley puede sacarse—porque en este punto me atengo á lo dicho: que lo que constituye derecho *vigente* es el Código, y no la ley—, sino que trato de probar que en vano la sentencia del Tribunal Supremo que examino invoca, en su tercer considerando, el espíritu de aquella ley, porque en este punto sus palabras textuales, antes transcritas, envuelven una solución contraria á la de la sentencia, ya que, según aquella ley, la mejora puede asignarla el padre á su arbitrio *entre los mismos*, es decir, *entre los hijos* que acreditan legítima, y nada más que entre tales *hijos*, porque la base no contiene la palabra *descendientes* que se lee en el Código civil.

Y no vale tratar de salir de esta dificultad invocando la doctrina, universalmente admitida y sancionada por el mismo Tribunal Supremo, de que en la palabra *hijos* están incluídos para ciertos efectos jurídicos *los descendientes* de ulteriores grados, porque cuando la base dice *entre los mismos*, se refiere exclusivamente á los allí aludidos, sean los que fueren, al decir una línea más arriba: *la legítima de los hijos*. «*Los mismos*» son, pues, *esos* hijos y no otros, *esos* descendientes precisamente. Ahora bien: como los descendientes que no son inmediatos, como los nietos en vida de su padre, no tienen legítima, ni según la base, ni según el Código, ni según la doctrina, ni según nada, resulta hasta la evidencia que aquí no se refiere la ley sino á los *hijos que la tienen*. Luego al atribuir la mejora á *los mismos*, la ley de Bases condena la doctrina del Tribunal Supremo que la invoca.

Repito que yo no trato de utilizar, ni doy importancia alguna á este argumento, que sólo menciono para no dejar olvi-

dada ninguna insinuación del considerando que examino. Por lo demás, en este punto asiento al parecer de Scævola, cuando dice que el texto de la base 16 «en manera alguna ha de servir de regla de hermenéutica para decidir si pueden ó no ser mejorados los descendientes cuyo ascendiente viva en el momento de la efectividad de la mejora.»

HIPÓLITO GONZÁLEZ REBOLLAR.

*(Concluirá.)*

# SECCIÓN ACADÉMICA

## FORMAS QUE PUEDEN ADOPTAR LAS SOCIEDADES MERCANTILES

(CONFERENCIA DADA EN EL CÍRCULO LIBERAL DEMOCRÁTICO, DE BARCELONA, EL 21 DE MAYO DE 1904.)

Señores:

La Junta directiva de este Círculo, honrándome más quizá de lo que merezco, se ha servido invitarme galantemente á ocupar esta cátedra y á colaborar de este modo á la obra de cultura popular que se propone realizar, aunando en forma verdaderamente digna de todo elogio la propaganda del ideal político con las exigencias apremiantes de difundir la ilustración en el país. Á empresa tan levantada, y casi pudiera decir tan santa, no podía yo negar mi modesto concurso; no sólo porque mi condición de Catedrático oficial me obliga á no rehuir ningún compromiso de esta especie, sino porque perteneciendo á la recién creada extensión universitaria, tengo el deber de acudir adonde quiera que se solicite mi palabra para los fines de la difusión científica. No me debéis, pues, agradecimiento alguno por haber venido esta noche á departir amigablemente con vosotros; al contrario, yo soy el que os debo dar las gracias por haberos acordado de mi humilde persona; porque contando, como contáis entre vosotros, con tantas y tan ilustres personalidades como veo agrupadas á mi alrede-

dor en esta noche, podíais muy bien haberos pasado sin mí; y no os expondríais, sobre todo después de los elogios que acaba de hacer de mi persona mi querido amigo el Sr. Roig y Bergadá, á sufrir un desencanto; pues, por desgracia, señores, sucede harto frecuentemente que la ciencia oficial está tan enferma como nuestra moneda, y el valor que le asigna el Estado, al acuñarla, está muy lejos de ser el que efectivamente se la reconoce en el comercio internacional.

Y he escogido el tema de esta conferencia, formulado en los términos que ya conocéis: primero, porque he creído que podría aportaros alguna observación propia y personalísima respecto al mismo; y segundo, porque se relaciona muy inmediatamente con una cuestión que empieza hoy á debatirse en público, que ha sido planteada en los periódicos por el señor Lanfranco, que ha preocupado ya á la Cámara oficial de Comercio de esta ciudad, y en la que ha terciado ya, con la competencia que todos unánimemente reconocemos en él, vuestro dignísimo Presidente, mi buen amigo el Sr. Roig y Bergadá. Me refiero á las llamadas Sociedades de responsabilidad limitada por garantía, respecto á las que surge la duda de si son ó no posibles en nuestra patria, dadas las prescripciones de nuestro Código de Comercio.

Para tratar de la forma que pueden adoptar las Sociedades mercantiles, interesa en primer término saber lo que son éstas; y yo supongo que vosotros lo sabéis, sobre todo si tuvísteis la suerte de no haber necesitado acudir para ello al Código de Comercio; pues en esta materia, como en otras muchas, deja bastante que desear nuestra ley comercial. Y para que no creáis que exagero, y no llegue alguno de vosotros á sospechar que el exceso de familiaridad que tengo con el Código ha producido en mí el efecto que dicen que produce en los sacristanes el trato demasiado familiar de los santos que han de cuidar y arreglar á diario, voy á leeros y á comentaros brevísimamente el art. 116 del mismo. Dice así:

«El contrato de Compañía, por el cual dos ó más personas

se obligan á poner en fondo común bienes, industria ó alguna de estas cosas para obtener un lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituído con arreglo á las disposiciones de este Código.»

Si vuestro oído es tan fino que pilla al vuelo las incongruencias sintáxicas, habréis podido apreciar por esta simple lectura que la Gramática ha resultado maltrecha ó atropellada por el legislador; porque el contrato de Compañía, al cual se refiere todo el artículo, ya que con estas palabras empieza, no sé yo, ni vosotros tampoco sabréis, que pueda constituirse ni con arreglo á á las disposiciones del Código ni de ninguna otra manera; porque un contrato se celebra ó no se celebra pero jamás se constituye. ¿Sabéis quién puede constituirse en una ú otra forma? Pues la Compañía ó la Sociedad; y esto es lo que ha querido decir el autor del artículo, sólo que no lo ha dicho; aunque ha creído, por lo visto, que lo decía, como lo demuestra el final del mismo:

«Una vez constituída la Compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.»

Ya véis cómo era la Sociedad, y no el contrato, la que había de constituirse.

Pero dejemos estas minucias, y vamos al fondo de la cuestión. Supongamos que el tal art. 116 está bien redactado gramaticalmente; pues aun admitida esta suposición, tampoco sabréis lo que es una Sociedad mercantil; y esto por dos razones: la primera, porque una Sociedad mercantil no puede perder su carácter por el hecho de constituirse ó no con arreglo á las disposiciones del Código, ya que el cumplimiento de las formalidades legales afectará tan sólo á la mayor ó menor irregularidad en su funcionamiento; y la segunda, porque hay un contrato regulado por el Código de Comercio, por el cual dos ó más personas se obligan á poner en fondo común bienes, industria ó alguna de estas cosas para obtener un lucro, y que, celebrado con arreglo á las disposiciones del mismo, no constituye, sin embargo, una Sociedad. Este contrato es el

que se conoce con el nombre de Cuentas en participación.

Lo característico de toda Sociedad, tanto si es mercantil como si es civil, estriba en que el propósito de los que, con objeto de conseguir un lucro, aportan á un fondo común bienes ó industria, ó alguna de estas cosas, consiste en la creación de una entidad jurídica que sea distinta de la personalidad de cada uno de los asociados; y esto es lo que se olvidó de precisar el art. 116. Como véis, se dejó en el tintero lo principal.

Y ahora os diré, también, aunque de pasada, que si pretendéis distinguir una Sociedad mercantil de una Sociedad civil, lo cual parece á primera vista sencillo, ya que la una ha de tener como finalidad un propósito mercantil ó industrial de los que la ley comprende entre los actos mercantiles, y la otra se ha de proponer algo que no sea esto, y acudís á los Códigos de Comercio y Civil para orientaros acerca del criterio del legislador, os pasará que os quedaréis decididamente sin saber cuál es éste; porque vosotros que acabáis de escuchar lo que dice el Código de Comercio, oid lo que dice el Civil, y convendréis conmigo en que el legislador parece estar jugando al juego de los despropósitos:

«Art. 1665. La Sociedad es un contrato por el cual dos ó más personas se obligan á poner en común dinero, bienes ó industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.»

Analizad, si tenéis humor, pues yo no he de hacerlo en este instante, los conceptos del art. 116 del Código de Comercio y los del 1665 del Civil, y sacaréis en conclusión que en el fondo son perfectamente iguales una y otra clase de Sociedad; y cuando creáis, en vista de esto, que, si no por el fondo, podréis distinguir por la forma estas Sociedades, os diré que tampoco os queda este recurso, porque el art. 1670 del Código civil dice así:

«Art. 1670. Las Sociedades civiles, por el objeto á que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio.

»En tal caso les serán aplicables sus disposiciones, en cuanto no se opongan á las del presente Código.»

De donde resulta que, como no queda otra diferencia que aquella del final del art. 116, que dice que «será mercantil una Compañía de las que en el mismo se definen, «siempre que se haya constituído con arreglo á las disposiciones del Código de Comercio», y el Código no señala una verdadera sanción para las Compañías que no se hayan constituído del modo indicado, la Compañía será mercantil ó civil, á gusto del consumidor. Y perdonando lo vulgar de la frase. Pero dejemos esto, y vamos á lo que interesa.

De que todas las Sociedades mercantiles han de constar de dos ó más personas que tengan una finalidad común, y que, al efecto de conseguirla, aunen sus esfuerzos, aportando capitales ó su industria para ello, no se ha de deducir que todas hayan de ser iguales; pues en el extenso campo de la actividad económica, la naturaleza de la empresa, en relación con las fuerzas individuales de los asociados y con el propósito que persigan al tratar de constituir la Sociedad, determinará la forma que ha de tener ésta; y, de aquí, que la forma particular que revisten haya servido y sirva de base para clasificar las Sociedades mercantiles dentro de los tres grupos siguientes, que son los que pudieran llamarse tradicionales del derecho mercantil: las colectivas, las comanditarias y las anónimas.

Y no creáis que por el hecho de ser tradicionales estas formas, son tan rígidas é inalterables como las normas de la escultura hierática del antiguo Egipto. No; la movilidad necesaria al desenvolvimiento de la vida mercantil no consiente semejante cosa; y por eso las colectivas presentan dos modalidades, la llamada colectiva regular y la colectiva irregular; y la comanditaria se ha escindido en otras dos, la comanditaria simple y la comanditaria por acciones; y la anónima ó sociedad de responsabilidad limitada presenta ya otras dos modalidades, la ordinaria, es decir, la que regula nuestro Código, y

la extraordinaria ó sociedad de responsabilidad limitada por garantía, como la llaman los ingleses.

De donde resulta que el art. 122 del Código de Comercio tampoco es un modelo de exactitud al decir que, «por regla general, las Compañías mercantiles se constituirán adoptando algunas de las siguientes formas: 1.ª, la regular colectiva...; 2.ª, la comanditaria..., y 3.ª, la anónima...»; porque prescindiendo de las de responsabilidad limitada por garantía, hay, por lo menos, la irregular colectiva y la comanditaria por acciones, que reguladas por nuestro Código de Comercio, son formas posibles de constitución no enumeradas en dicho artículo.

Y no digamos nada de cómo las define, porque de ello voy á hablaros dentro de un instante, y os convenceréis de que al hacerlo estaba nuestro legislador dejado de la mano de Dios; frase piadosa que de ordinario encubre un calificativo más fuerte, aplicable á los desaciertos que exceden con mucho del límite de lo tolerable.

A más de estas formas ordinarias, hay otras que pueden también revestir, en ocasiones determinadas, las Sociedades mercantiles, y de las que habla nuestro Código, que son: la de la mutualidad con aplicación á los seguros, y la de la cooperación con aplicación á las Sociedades obreras ó de consumo.

Por último; no ha querido el legislador cerrar la puerta á las posibles combinaciones que el comercio pudiera discurrir, y ha adoptado un criterio de libertad, dentro del que caben, en mi entender, las Sociedades de responsabilidad limitada por garantía, á que al principio me refería, y cuya existencia legal sancionan el derecho inglés en la ley de 7 de Agosto de 1862, y el derecho alemán en la de 20 de Abril de 1892.

Veamos ahora en qué consisten las distintas Sociedades cuya enumeración acabo de haceros, con referencia á nuestra ley, y así podremos después examinar en qué consisten las de responsabilidad limitada por garantía, fines á que responden

y si hay ó no posibilidad de constituirlas dentro de nuestro derecho.

La Sociedad regular colectiva, dice el art. 122 del Código de Comercio, es aquella «en que todos los socios, en nombre colectivo y bajo una razón social, se comprometen á participar, en la proporción que establezcan, de los mismos derechos y obligaciones». Ya os anuncié antes que esta definición, lo mismo que las otras que contiene el mismo artículo, dejan bastante que desear; y ya os habréis podido convencer de que no exageré; pues lo típico de estas Sociedades, que es la responsabilidad personal y solidaria de todos los socios por las operaciones sociales que practiquen, no está indicado. Por otra parte, al decir *en nombre colectivo y bajo una razón social*, parece dar á entender que el nombre colectivo es distinto de la razón social; y vosotros sabéis perfectamente que no es así, sino que el nombre colectivo y la razón social son una misma cosa. Y por último; no es cierto tampoco que siempre se comprometan los socios á participar, en la proporción que establezcan, de los mismos derechos y obligaciones; porque ni la responsabilidad personal y solidaria que tienen por razón de la ley, y que constituye una obligación, puede limitarse en la proporción que establezcan, ni la administración social, ya se considere derecho ú obligación, es cosa de que siempre han de participar proporcionalmente los socios; pues si puede excluirse totalmente de la misma á alguno ó á algunos, a proporción desaparece, á no ser que en el sentido legal se llame proporción á que unos lo tengan todo y otros nada.

A más de esto, el legislador se olvidó de una circunstancia característica de esta clase de Sociedades, y que consiste en que los socios son comerciantes; circunstancia que explica muchas cosas que de otro modo serían anomalías inexplicables. Y no es que no lo supiera; porque el art. 222 dice, refiriéndose á esta clase de Sociedades, que la quiebra de cualquiera de los socios colectivos es motivo suficiente para producir la disolución de la misma, y la quiebra en nuestro de-

recho es institución propia tan sólo de los comerciantes.

Ahora bien: teniendo en cuenta esto, y sabiendo además cómo los comerciantes, por espacio de muchos siglos y por influjo del derecho romano, no pudieron constituir otras Sociedades que estas de que os estoy hablando, os explicaréis perfectamente cómo de la reunión de los esfuerzos de dos ó más comerciantes, surgió la Sociedad colectiva, con una razón comercial que había de formarse con los nombres de los asociados, ya que todos y cada uno habían de responder de las obligaciones sociales, primero en la proporción convenida en el contrato de sociedad, mientras no se agotare el fondo social, y después con todos sus bienes, aun cuando esta proporción no pudiese subsistir; porque no era admisible en manera alguna que pudiese limitarse la responsabilidad por el solo hecho de asociarse varios comerciantes para la realización de una empresa mercantil determinada. Y como el comerciante, al entrar á formar parte de una Compañía, no perdía nada de su propia personalidad, ya que prestaba su nombre para la formación de la razón social, y respondía con todo lo suyo de las obligaciones sociales, la administración del negocio colectivo era función natural de su condición de socio, por cuanto al administrar el caudal social, administraba el suyo igualmente.

Esta compenetración de la personalidad del socio con la de la Sociedad, y sobre todo, la del caudal social con el patrimonio del socio, están en abierta contradicción con las consecuencias que naturalmente se derivan del hecho reconocido en el Código de Comercio, de que la Sociedad constituye una entidad jurídica distinta de la de los socios; así como también lo está la forma especial de administración de estas Sociedades. Pues es doctrina perfectamente lógica, tratándose de personas colectivas, la de que sólo por representación pueden contraer derechos y obligaciones; y el representante ó administrador, en casos tales, no es otra cosa que un mandatario que ha de estar provisto del apoderamiento necesario. Y en

estas Sociedades colectivas se produce el fenómeno de que los administradores lo son por virtud de la ley; que dejan de serlo por un verdadero desapoderamiento, y que para obrar en concepto de administradores no necesitan poder alguno.

Olvidaos por un momento de que se trata de comerciantes asociados para un negocio común, y todo esto os resultará un absurdo jurídico, si partís del supuesto de la existencia real y efectiva de una personalidad distinta por completo de la de los socios. Y esta consecuencia, que está apuntada en el Código de Comercio, ¿sabéis quién la apura en beneficio suyo? Pues, la Hacienda; la enemiga del contribuyente. Con la particularidad de que no esperó á que el vigente Código de Comercio proclamara la existencia de la personalidad jurídica de la Sociedad, sino que en vigor todavía el de 1829, que no contenía precepto alguno acerca de esto, en la reforma del impuesto sobre traslaciones de dominio, en el actual de derechos reales y transmisión de bienes, que se hizo en virtud de las bases aprobadas en la ley de Presupuestos de 26 de Diciembre de 1872, ya se dispuso que toda aportación de bienes y derechos reales que se hiciere en la constitución de cualquier clase de Sociedad, satisfaría el nuevo impuesto; así como á la disolución ó liquidación de la misma volvería á cobrar la Hacienda el impuesto por las adjudicaciones del haber social á los socios. De donde resulta: que en una Sociedad de carácter tan personalísimo como es ésta, en la que el socio da su nombre para constituir la razón social, su persona para la administración del negocio común, sus bienes para la constitución del fondo social y su patrimonio entero presente y futuro para responder en su día de las operaciones sociales, la Hacienda le cobra el impuesto al constituir la Sociedad, como si las aportaciones de capital que hace fuesen una enajenación; y vuelve á cobrarle cuando al disolverse la Sociedad recoge lo suyo, quizás mermado, si la suerte no favoreció el negocio. Y menos mal, señores, que no ha habido todavía ningún Ministro de Hacienda, tan sutil y metafísico, que haya calculado

que cuando el capital social ha desaparecido y los socios tienen que pagar con sus propios bienes las deudas sociales, hay en tal operación envuelta una cesión de bienes á la Sociedad para que ésta pague á sus acreedores, y se salve así el buen nombre de la misma; porque si tal discurre, creed que llegará el día en que se cobrará un tanto por esa supuesta cesión.

De la asociación de un dependiente á los negocios de una Sociedad ó de un comerciante en cuyo servicio acreditó sus excelentes condiciones personales, nació la Sociedad colectiva irregular, por la simple transformación del contrato de arrendamiento de servicios en un contrato de Sociedad. El nuevo socio, que recibe el nombre de socio industrial, ha de tener carácter distinto del de los colectivos; y como no ingresa por razón de un capital, que de ordinario no tiene, está á las ganancias, porque su antiguo salario se convirtió en una participación en los beneficios, y no está á las pérdidas de capital; aunque sí perderá el valor de su trabajo, si no hay beneficios repartibles. Por esta causa tampoco puede dar su nombre para que figure en la razón social. Estas diferencias en la condición de los socios, es lo que determina la irregularidad de la Sociedad colectiva.

Por análogo procedimiento, nació la Sociedad comanditaria simple. El comerciante ó la Sociedad colectiva que necesita un aumento de capital para ensanchar sus negocios ó para para hacer frente á ciertas dificultades de momento, buscan un capitalista que pueda cederles el capital necesario Si convienen en un interés determinado por el tiempo que han de utilizarlo, han realizado un préstamo; pero si convienen en interesar al capitalista en una cierta proporción en los beneficios sociales, y el capital recibido de éste queda afecto igualmente á las pérdidas, sin que pueda reclamarse más por ningún concepto, surge la Sociedad comanditaria simple. La palabra *comandita* deriva del antiguo contrato de encomienda, que regulan el Consulado de Mar y las Costumbres de Tortosa; y la encomienda no fué en la Edad Media, y esto explica

su generalización, otra cosa que un sustitutivo del préstamo; pues los recelos de la legislación canónica y de la civil, que en todas partes veían la usura, entorpecía y dificultaba la vida del crédito, tan necesario siempre al comercio.

¿Queréis saber cómo define el Código de Comercio esta Sociedad? Pues escuchad, porque también vale la pena, lo que dice el art. 122:

«La comanditaria (es aquella) en que uno ó varios sujetos aportan capital determinado al fondo común, para estar á las resultas de las operaciones sociales, dirigidas exclusivamente por otros con nombre colectivo.»

Pasemos por lo de sujetos, ya que pudo haberlos llamado personas; y fijémonos: en que ni es preciso que sean otros los que dirijan en nombre colectivo, puesto que puede ser uno solo el socio que tenga carácter colectivo, y entonces no hay en la razón social nombre colectivo, sino el suyo exclusivamente; ni se determina, en tal concepto, cuál es el límite de la responsabilidad de los que aportan sus capitales, ni el de los que han de administrar. Ya véis, que salvo estos pequeños lunares, no es del todo mala la definición legal.

La comanditaria por acciones se diferencia de la comanditaria simple por un hecho, al parecer, sin importancia, por lo menos para nuestro legislador, que no se la ha dado; pero que la tiene y muy grande, como podréis juzgar en breve, por lo que voy á deciros. Este hecho consiste en que el capital aportado por los comanditarios se divide todo él en partes iguales de un determinado valor (generalmente pequeño para facilitar su colocación), á cada uno de los que corresponde un título llamado acción; cuyos títulos entregados al comanditario en equivalencia del capital que aportó, le permiten ejercer los derechos de socio, cobrar los beneficios que le correspondan y reclamar la parte del capital que le pertenezca después de liquidada la Sociedad.

Pues bien: como os he dicho hace un instante, nuestro Código de Comercio no da importancia alguna á esto, desde el

momento en que deja sometidas á un mismo régimen legal las Sociedades comanditarias simples y las comanditarias por acciones. Pero si tenéis en cuenta que en la vida del comercio estos hechos no se producen arbitrariamente, sino que responden á verdaderas necesidades, comprenderéis fácilmente que mientras la comandita simple es una Sociedad de comerciantes que necesita el auxilio de un capital, la comanditaria por acciones es una Sociedad de capitalistas que necesita la cooperación personalísima de uno ó varios administradores que han de interesarse de tal manera en el resultado del negocio, que han de comprometer su nombre y su responsabilidad personal en la gestión social. Por esta razón, que como véis es fundamentalísima, comprenderéis cuán acertadamente han dispuesto las legislaciones de Italia y Alemania, que mientras las Sociedades comanditarias simples se rigen por lo prescrito para las colectivas, con las modificaciones consiguientes á la existencia de los socios de responsabilidad limitada, las comanditarias por acciones se rijan por lo dispuesto para las anónimas, con las modificaciones consiguientes á la existencia de socios administradores de responsabilidad ilimitada. Y por eso, muy racionalmente también, y como consecuencia de haberse colocado el legislador en ese punto especial de vista, cuando los accionistas ven que peligran sus capitales por la dirección desacertada del socio ó socios colectivos, cabe el recurso supremo de sustituir aquella administración por otra, ó el de convertir en anónima la comanditaria por acciones; con lo cual pueden quedar á salvo sus intereses. Cosa que no ocurra entre nosotros; porque dando nuestro Código de Comercio en toda Sociedad comanditaria más importancia al elemento personal que representan los socios colectivos que al capital que representan los comanditarios, por no tener nuestro derecho la flexibilidad del de Italia y Alemania, ni cabe la separación de los administradores en los casos indicados, ni cabe la posibilidad de la continuación de la Sociedad cuando se produce la muerte ó quiebra de uno de éstos, porque tal accidente cuando

se produce arrastra irremisiblemente á la Sociedad, produciendo su liquidación forzosa.

Y vamos con la Sociedad anónima. Hasta aquí todas las formas de Sociedad que hemos examinado, ofrecen la nota común de la responsabilidad personal é ilimitada de todos ó de alguno de sus socios por las obligaciones sociales. Esta es, digámoslo así, la nota característica del derecho antiguo. El derecho nuevo, para responder á la movilidad de la vida contemporánea, que requiere una gran libertad de acción, sin la cual la vida económica no podría desenvolverse con toda la holgura necesaria, ha tenido que romper los antiguos moldes y lanzarse por nuevos derroteros; y el primer paso, paso gigante dado en esta dirección, ha sido la Sociedad anónima; palanca poderosa de progreso, sin la cual podéis tener la completa seguridad de que el finido siglo XIX no hubiera podido realizar la labor inmensa que ha realizado en todos los órdenes de la humana actividad. Vidari, el gran jurisconsulto italiano, el gran maestro que marcha á la cabeza de esa pléyade ilustre de mercantilistas de la Península hermana, con esa profunda intuición que tiene de la vida jurídico comercial, ha dicho á propósito de esto una gran verdad; y es, que después de la invención de la letra de cambio, no hay nada que haya dado tanto impulso á las energías mercantiles é industriales como la Sociedad anónima.

Y, sin embargo, el hecho en sí no puede ser más sencillo. Examinad en qué consiste una Sociedad anónima, y veréis que todo ello se reduce á la formación, para emprender un determinado negocio, de un fondo común al que contribuyen varias personas, cuya administración se encomienda á un mandatario amovible á voluntad y responsable tan sólo de su gestión. El límite de la responsabilidad de los socios es el de sus respectivos aportes. Y preguntaréis vosotros, ¿cómo es posible que este mecanismo tan sencillo haya podido producir una revolución tan trascendental en la vida de los pueblos? Pues os lo diré en dos palabras: este mecanismo tan sencillo impone la

democratización del comercio. Gracias á él, todos podemos participar de los beneficios que produce la vida mercantil é industrial sin tener que intervenir personalmente en la misma, y pudiendo dedicar nuestra actividad á otras cosas de muy diversa índole. ¿Y sabeis por qué? Porque la Sociedad anónima es la más perfecta aplicación de la ley de la división del trabajo á la industria y el comercio; mediante ella los capitales acuden solicitados por la inteligencia que organiza un negocio, y ella busca también el concurso personal de los que saben administrar. Esta conjunción de medios, unida á la sustitución posible de los socios sin que la sociedad padezca, ya que esto se facilita por la transmisión de las acciones, os explicará cómo la Sociedad anónima ha podido ser la palanca poderosa que ha removido hasta los cimientos de la vieja sociedad. Así os explicaréis, también, cómo al conjuro de esta Sociedad anónima han sacudido su mortaja los capitales creados por el ahorro y enterrados por el temor á las arbitrariedades de los antiguos gobiernos absolutistas; y cual nuevos Lázaros, han salido de su sepulcro para volver á la vida, infundiendo vigor á nuestras industrias y á nuestras empresas comerciales. Gracias á ella, el mundo se halla surcado á la hora presente por esas cintas metálicas conductoras de la civilización, que se llaman las vías férreas; y hemos tejido en la atmósfera y en el fondo de los mares una red metálica también para la transmisión del pensamiento. Gracias á ella, la humanidad se siente ya verdaderamente solidaria. Y gracias á ella, podemos entrever una futura organización en la que las fronteras que hoy separan á los hombres y que alientan los egoísmos nacionales, habrán de caer como cayeron las murallas de Jericó ante el ejército de Israel.

El título que lleva esta Sociedad es todavía una reminiscencia del antiguo derecho, pues *anónima*; quiere decir, según el significado etimológico de la palabra, sin nombre; y no es ciertamente porque no lo tenga. A buen seguro que no conoceréis en país alguno del mundo una sociedad de esta especie

que no tenga nombre. No tiene razón social según dice nuestro Código de Comercio, pero ha de tener una denominación adecuada al objeto de la empresa, y en esa denominación no puede incluirse el nombre personal de ningún socio, porque su inclusión supondría la existencia de una responsabilidad ilimitada y personal, incompatible con su naturaleza. Por eso es anónima; es decir, porque no lleva el nombre de ninguno de los asociados. Por eso el derecho comercial inglés, que es el menos tradicional de todos en el sentido de haberse desenvuelto con una libertad especial que no han conocido los países latinos, no las llama anónimas, sino sociedades de fondos reunidos (*joint stock company*), limitadas por acciones, para distinguirlas de las limitadas por garantía, que son las que yo he llamado de responsabilidad limitada, y de las que voy á deciros algo después de hacer ligerísimas referencias á las Sociedades de seguros mutuos y cooperativas, que pueden ser según nuestro Código de Comercio, Sociedades mercantiles en determinados casos.

La mutualidad es forma apropiada para las Sociedades de seguros, porque mucho antes que el cálculo de probabilidades pudiera dar la medida posible de los accidentes para determinar la cuota de la prima exigible, con objeto de poderse convertir el seguro en un negocio mercantil, la simple previsión hizo comprender á los mercaderes que si todos los expuestos á unos mismos riesgos se asociaban para repartirse el daño que de otro modo habría de sufrir uno solo, la parte proporcional correspondiente á cada uno de los asociados podía llegar á ser tan pequeña, que dejara de ser daño irremediable para convertirse en un gasto imprevisto del negocio, perfectamente tolerable dentro de la ganancia esperada. Para llegar á esta deducción tan racional, tenían los mercaderes y navegantes el precedente de la tan antiquísima institución de la echazón y de la contribución de avería gruesa, fundada en el mismo cálculo del seguro mutuo; y de aquí el hecho natural de ser la primera Sociedad de seguros conocida en el mundo, una de

seguros mutuos, formada en el siglo VI de la Era cristiana, entre los navegantes y mercaderes del Golfo Pérsico, según afirma el sabio mercantilista francés Mr. Desjardins, muerto ya por desgracia para la ciencia francesa. Por eso, teniendo en cuenta este dato, y estando además admitido en todas las legislaciones que los seguros mutuos marítimos son siempre mercantiles, es verdaderamente extraño que nuestro Código de Comercio haya discurrido la peregrina teoría de que las Sociedades de seguros mutuos terrestres no serán mercantiles sino sólo en el caso de dedicarse á actos de comercio extraños á la mutualidad, ó se convirtieren en Sociedades á prima fija. Más discreto el Código de Comercio italiano, ha declarado, por el contrario, que todos las Sociedades de seguros mutuos son siempre mercantiles.

Las Sociedades cooperativas, que nuestro Código de Comercio conceptúa que no son mercantiles más que en condiciones análogas á las de seguros mutuos, es decir, cuando practican operaciones mercantiles ajenas á la finalidad especial que tienen, y que otros Códigos y leyes comerciales, con mejor acuerdo, han incluído entre las Sociedades mercantiles, como el de Italia y las leyes belgas, afectan una forma especial, que en nada se parece á las hasta aquí indicadas; pues mientras las colectivas y comanditarias no pueden variar el personal de carácter colectivo que las forma, por ser su responsabilidad ilimitada, y su intervención directa en la administración de ellas la base natural de su existencia, y las Sociedades por acciones son de capital fijo, por ser éste el límite máximo de su responsabilidad, la condición precaria del obrero que crea las cooperativas exige que puedan variar el personal de que se componen, y pueda variar la cifra del capital á responder de las obligaciones sociales. Efecto, sin duda, del escaso desarrollo que han alcanzado en España, no se han cuidado nuestras leyes de determinar su régimen jurídico; ni siquiera de definir y determinar su naturaleza. La ley belga de 18 de Mayo de 1873 no sólo las incluyó entre las mercantiles,

como ya os he dicho, sino que en su art. 85 las definió, diciendo que son «las compuestas de asociados cuyo número y cuyos aportes son variables; y cuyas participaciones no son cesibles á terceros». Como véis, para dar vida legal á esta clase de Sociedades, ha sido preciso también romper los moldes de las Sociedades en el antiguo derecho.

Hasta aquí puede decirse que os he conducido por camino trillado, ya que las formas de las Sociedades mercantiles que en esta especie de exhibición cinematográfica á que habéis asistido, son las especificadas en el Código de Comercio. Ahora vamos á penetrar en países desconocidos para nuestro legislador, y ver si en ellos hay algo que podamos utilizar en beneficio de nuestras Sociedades mercantiles. Y la primera pregunta que aconseja la prudencia, que hagamos antes de dar ningún paso por la nueva senda que hemos de recorrer, es ésta: ¿hay nuevas formas posibles? Sí, decididamente; puesto que el derecho inglés y el alemán han regulado una distinta de las hasta aquí enumeradas, con el nombre de Sociedad limitada por garantía, el primero, y Sociedad con responsabilidad limitada, el segundo. Esta Sociedad, que nosotros podemos llamar de responsabilidad limitada, porque con tal denominación no es fácil confundirla con ninguna otra de las existentes en nuestro derecho, no es colectiva, porque no tienen los que la forman, la responsabilidad personal é ilimitada propia de éstos; no es comanditaria por la misma razón; y no es anónima, porque en su razón comercial pueden figurar los nombres de los socios que la dirigen, y su capital puede aumentarse ó reducirse á voluntad de éstos, según las necesidades de la empresa, pero dentro de un límite máximo, que se fija como límite de la responsabilidad personal de los asociados. Comprenderéis por lo dicho, que con tal flexibilidad de formas, esta clase de Sociedades puede responder perfectamente á múltiples exigencias de la vida mercantil, que hoy no se hallan satisfechas cumplidamente con las formas admitidas en el Código de Comercio. Ved lo que á este propósito dice el gran maestro fran-

cés Lyón Caen, al dar cuenta en el Anuario de Legislación Extranjera, de la ley alemana de 20 de Abril de 1892: «La nueva forma de Sociedad de responsabilidad limitada responde á la necesidad de empresas creadas por un reducido número de personas que quieren asociarse de un modo duradero. Se ha pensado también en el caso en que el número de asociados necesarios para reunir los recursos que se precisan, es demasiado grande para poderlas administrar directamente; en los casos en que por otras razones no están los asociados en estado de consagrar personalmente á la empresa toda su actividad; en los casos de transmisión de un establecimiento comercial á herederos que, sin poderlo dirigir, desean conservarlo en interés de la familia; en los casos en que los acreedores de un establecimiento que tiene un pasivo inferior á su activo, pretendan conservarlo ó explotarlo por su propia cuenta. La nueva forma de Sociedad se aplicará también en los casos en que sea preciso recurrir á un extenso círculo de personas que han de cambiar, pero que se ven obligadas á practicar personalmente ciertos oficios en ella, como en las Sociedades para la explotación de la remolacha; lo que según la jurisprudencia del Tribunal del Imperio, no es posible con la Sociedad anónima. Y no es esto todo; para las empresas en las que no se puede prever el capital que será necesario, la forma anónima ofrece grandísimas complicaciones. No se pueden exigir nuevos desembolsos suplementarios á los accionistas, y hay necesidad de proceder á un aumento de capital. Por el contrario, cuando una parte del capital desembolsado resulte inútil, el reembolso á los accionistas no es posible, más que con ciertas garantías dadas á los acreedores; y esto produce también grandes dificultades.

»Las Sociedades de responsabilidad limitada deben servir para remediar todos estos inconvenientes. Para conseguir este resultado, las ha colocado la ley en una situación intermedia entre las Sociedades de personas y la Sociedad anónima.»

Y no sigo transcribiendo, porque lo demás se refiere ya á

detalles de la ley. Lo que sí he deciros para que os podáis formar una idea de cómo la práctica ha respondido en Alemania al pensamiento del legislador, es lo que el propio Lyon Caen dice al final de la nota, algunos de cuyos párrafos acabo de leeros: «El tiempo transcurrido desde el 10 de Mayo de 1892, fecha en que empezó á regir la nueva ley, es demasiado corto (hay que advertir que esto se escribía á principios de 1894, pero por lo mismo tiene más valor el dato á que se refiere esta cita) para que puedan apreciarse los efectos con conocimiento de causa. Pero por lo menos parece que se ha recurrido con bastante frecuencia á la nueva forma de Sociedad; y esto indica que responde á necesidades verdaderas. En 1892 se crearon 63 Sociedades de esta clase, representando un capital total de 28.864.700 marcos. La cifra se ha elevado en 1893 á 162, con un capital total de 68 867.404 marcos. Había, pues, en Alemania á fines de 1893, 225 Sociedades de responsabilidad limitada, cuyo capital total era de 97.522.104 marcos. El número de Sociedades anónimas, al contrario, ha experimentado un notable decrecimiento durante el mismo período; pues habiendo sido de 160 en 1891, descendió á 127 en 1892 y á 95 en 1893 »

Y ahora, para terminar esta ya larga conferencia, sólo me resta deciros mi opinión respecto á si es ó no posible constituir en España Sociedades de responsabilidad limitada, ateniéndonos á los preceptos legales del Código de Comercio vigente, opinión que disiente de las formuladas con gran copia de argumentos por vuestro dignísimo Presidente, mi querido amigo y compañero el Sr. Roig y Bergadá, y que no he de discutir, porque ello constituiría una descortesía por mi parte, en la que no incurriré jamás. Los fundamentos de mi opinión se apoyan en dos artículos del Código y en una declaración de la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio. Empezando por esta última, os haré notar que tal declaración es verdaderamente explícita, pues al determinar los principios en que se ha inspirado el autor del proyecto,

dice que ellos pueden resumirse en estos tres: «*libertad amplia en los asociados para constituirse como tengan por conveniente*; ausencia completa de la intervención gubernativa en la vida interior de estas personas jurídicas; publicidad de los actos sociales que puedan interesar á tercero». Y aun cuando la declaración es bien explícita y terminante, mi honradez científica exige que os diga que no tengo por costumbre admitir como artículo de fe las afirmaciones contenidas en la exposición de motivos para aclarar el alcance de los preceptos legales, porque, por mi desgracia, he tenido y tengo que rechazar muchas veces en mis explicaciones de cátedra tales motivos; pero en la ocasión presente, si conforma esta declaración con lo que luego prescribe el precepto legal, no veo que haya dificultad alguna en admitir el principio, si bien con alguna atenuante, pues el art. 117 la establece de un modo indudable cuando dice: «El contrato de Compañía mercantil, celebrado con los requisitos esenciales del derecho, será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean *la forma*, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código.» Es, pues, indudable, que si expresamente no está prohibido en el Código de Comercio que se constituya una Sociedad mercantil con la forma especial que revisten éstas de responsabilidad limitada, pueden y deben constituirse sin inconveniente alguno. A más de esto, el art. 122 confirma el principio de libertad á que se refiere la exposición de motivos, pues así se deduce de las palabras con que empieza. «Por *regla general*, dice, las Compañías mercantiles se constituirán adoptando alguna de las siguientes formas: 1.ª, la colectiva, etc.» Luego si por regla general se constituirán como colectivas, comanditarias y anónimas, es evidente que por excepción podrán constituirse adoptando otras formas; y entre ellas bien pudiera estar la de responsabilidad limitada, siempre que no esté expresamente prohibida en el Código.

¿Y cuáles son las formas que expresamente prohibe el Có-

digo? Pues os diré que no prohibe ninguna; porque si bien hay un artículo, el 127, que no consiente que los socios colectivos puedan tener su responsabilidad limitada, puesto que dice así: «Todos los socios que formen la Compañía colectiva, sean ó no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, á las resultas de las operaciones sociales que se hagan á nombre y por cuenta de la Compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla», doctrina que es repetida sin atenuante de ninguna especie en el 148, al determinar también el carácter de los socios colectivos de una Sociedad comanditaria; y en ese mismo art. 148 se dice respecto de los socios comanditarios, que no podrán hacer acto alguno de administración de los intereses de la Compañía ni aun en calidad de apoderados de los socios gestores; y todavía el 147 prohibe á los comanditarios que incluyan sus nombres en la razón social de la Compañía, quedando, si tal hiciesen, sujetos á las mismas responsabilidades que los gestores; yo entiendo que estas prohibiciones, que alguien pudiera creer que imposibilitan la formación de las Sociedades de responsabilidad limitada, no tienen nada que ver con ellas, porque sólo afectan á las constituídas como colectivas y comanditarias, las cuales han de acomodarse forzosamente al patrón que la ley les ha trazado, dentro del que no cabe ni la limitación de la responsabilidad de los socios colectivos, ni la existencia de comanditarios sin que haya socios comanditados (los colectivos), ni la administración confiada á éstos, lo cual es lógico y perfectamente racional. El legislador con estas prohibiciones ha pretendido garantir los derechos de los terceros que tratan con tales Compañías; porque si su estructura general y tradicional es la que ha trazado la ley, no puede consentirse que se introduzcan en ella modificaciones que induzcan á error á los que con ellos contratan. Y, por eso cuando en Valencia se me consultó por un compañero de profesión, qué valor tenía una Sociedad constituída entre dos personas, de las cuales una, la que prestaba su nombre á la razón social, se había reservado

el papel de socio industrial, y la otra el de comanditario, fundándose para hacer esto en el principio de libertad proclamado en el art. 117, contesté sin vacilar que tal forma era perfectamente ilegal; porque á título de comanditaria faltábale un socio colectivo de responsabilidad ilimitada, y la existencia del socio industrial no es compatible con la de los comanditarios solamente.

En resumen: que llegado el caso de exigir responsabilidades á dicha Sociedad, los Tribunales, obrando muy cuerdamente, no respetarían los términos de la escritura de constitución de esa Sociedad, tan regular en su forma externa y tan irregular en su fondo; y que el socio industrial perdería irremisiblemente su carácter y se le exigiría la responsabilidad personal del colectivo.

Pero si la Sociedad mercantil se constituye como Sociedad de responsabilidad limitada, y forma su razón social de modo y manera que no induzca á engaño á los terceros que con ella contraten, lo cual se resuelve por el procedimiento empleado por las leyes inglesa y alemana: es decir, añadiendo á la razón social el adjetivo de *limitada* ó las palabras *de responsabilidad limitada*, ¿no será ésta una de las formas posibles de constitución social á que se refieren los arts. 117 y 122 y la exposición de motivos, al proclamar también la existencia de esa amplia libertad de que antes os he hablado? Porque, tened en cuenta esto, que es fundamentalísimo para mi argumentación, la Sociedad de responsabilidad limitada no es ni una Sociedad colectiva ni una Sociedad comanditaria; es sencillamente una Sociedad distinta por completo de todas las demás; y que tiene, lo mismo que ellas, un nombre técnico que la permite distinguirse de las otras formas de sociedad especificadas en la ley.

Y ahora, como última palabra, os diré que, en mi sentir, esta Sociedad de responsabilidad limitada es la verdadera Sociedad mercantil de carácter personal que exigen los tiempos actuales; pues si es cierto, como dicen las modernas leyes, que la Sociedad, una vez constituída, determina la existencia de

una personalidad jurídica distinta de la personalidad de los socios que la forman, esto que no es posible lógicamente en las Sociedades colectivas y comanditarias de tipo legal, se realiza cumplidamente en las Sociedades de responsabilidad limitada. Y es que no es posible olvidar, señores, que si las formas son algo más que meras apariencias, y han de responder al fondo de las cosas, la sociedad actual, organizada con arreglo á bases muy distintas de las de las sociedades del antiguo régimen, requieren para desenvolver sus energías con toda la amplitud necesaria, nuevos moldes jurídicos.—He dicho.

LORENZO BENITO,
Catedrático de Derecho Mercantil
en la Universidad de Barcelona.

# REVISTA DE REVISTAS JURIDICAS

## HISPANO-AMERICANAS

**Revista de Derecho y Jurisprudencia.**
(Núm. 8.°, Diciembre, 1906. Santiago de Chile.)

ELIODORO YÁÑEZ: *Onus probandi.*—Antes de ser promulgado el Código de Procedimiento civil chileno, vigente desde 1.° de Marzo de 1903, las leyes de la Partida 3.ª eran invocadas en la práctica de los Tribunales para resolver las cuestiones á que da lugar la obligación de la prueba. Y como el Código citado no contiene disposición alguna relativa á determinar á quién corresponde el peso de la prueba en juicio, habiendo sido derogadas las leyes de Partida, ha quedado como única disposición general vigente en Chile el precepto contenido en el art. 1698 del Código civil, que dice: «Incumbe probar las obligaciones ó su extinción al que alega aquéllas ó ésta.» Precepto es éste de derecho universal, que consignado se halla, en términos más ó menos análogos, en los arts. 1315 del Código francés, 1408 del sardo, 1902 del holandés, 972 del de Vaud, 2229 de la Luisiana, 1312 del italiano, 2405 del portugués, 1214 del español, 1281 del de Venezuela, 1757 del de Colombia, 1353 del de Bolivia, 1534 del de Uruguay.

La disposición citada, quizás por su carácter sustantivo, no aparece suficientemente explícita para resolver las diversas cuestiones procesales á que da lugar la obligación de la prueba. Las leyes de las Partidas eran más claras y expresivas. El articulista, para probar su afirmación, transcribe y comenta las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 14 de la Partida 3.ª. Las disposiciones de las leyes de las Partidas han dejado de regir en Chile, pero conviene investigar si la doctrina en ellas contenida puede considerarse incorporada al precepto del artículo 1698. Es incuestionable que la regla *onus probandi incumbi actori*, tomada por las Partidas del derecho romano, conserva toda su fuerza y eficacia, sin excepciones ni limitaciones. Consecuencia

de esa regla es otra, ya de carácter meramente procesal: «*actore non probante, reus es absolvendus*».

La tercera regla del derecho romano, trasladada también á las Partidas, contiene como la primera un principio absoluto, «*reus in exceptione actor est*»; principio comprendido también en el artículo 1698. La última regla del derecho romano y de las Partidas «*ei incumbe probatio qui dicit, non qui negat*», no aparece consignada en el citado artículo, ó mejor dicho, el Código no establece excepción alguna á la regla del artículo mencionado, por tratarse de hechos negativos. Pero exige en otros artículos la prueba de hechos negativos, como sucede cuando se pide la declaración de muerte presunta, pues en este caso es necesario probar que se ignora el paradero del desaparecido... Mas de la circunstancia de exigir el Código en ciertos casos la prueba de un hecho negativo y de no contener restricciones en su texto el art. 1698, ¿se puede deducir que es falso en absoluto el principio sentado por el jurisconsulto Paulo? Ese principio es verdadero, pero es necesario entenderlo en su sentido cierto, en cuanto se refiere á las relaciones jurídicas de las partes.

Al demandado se le presentan tres clases de defensa posible: 1.ª Oponer una *defensa negativa*, ó negativa absoluta, negando el hecho jurídico que es base de la acción; 2.ª Oponer una *defensa positiva*, ó negación relativa, contraponiendo al hecho alegado por el actor otro hecho, del cual resulta la negativa de las formas ó de los efectos jurídicos del hecho alegado por el demandante; y 3.ª Oponer una *excepción*, un derecho del demandado, que haga ineficaz en todo ó en parte el derecho del actor. La prueba en el primer caso incumbe al demandante, y en los dos restantes al demandado.

Es, pues, un error grave, atender á la situación material de las partes litigantes, para imponer á una ó á otra el peso de la prueba; es también un error tomar en su sentido absoluto el principio de que incumbe la prueba al que afirma, no al que niega. Es necesario atender á la naturaleza de los hechos alegados en el juicio para imponer la obligación de probarlos á la parte que, sea demandante ó demandada, pretende derivar de ellos un derecho ó una relación jurídica.

La regla de que el peso de la prueba corresponde al que demanda, al que afirma, se aplica sólo al caso en que el demandado, ó no comparece, ó, si comparece, niega sencillamente el hecho; pero cuando comparece y se defiende, cuando no sólo impugna las pretensiones del actor, sino que además pretende un derecho, le in-

cumbe la prueba, lo mismo que en el caso de oponer francamente una excepción...»

Toda prueba de una negativa, dice Bonnier, si ha de merecer el nombre de prueba, supone la afirmación de ciertos hechos. O estos hechos son precisos, directamente opuestos á los que puede invocar el adversario, lo cual sucede siempre en las negativas de derecho ó de cualidad, y entonces la negativa es generadora y conduce á una afirmación palpable y positiva, ó bien los hechos invocados en apoyo de la negativa son indefinidos; y entonces, aunque es cierto que la prueba será difícil, y en algunas ocasiones moralmente imposible, lo mismo acontecerá que respecto de una proposición afirmativa compuesta de los mismos elementos: *non quia negativa, sed quia indefinita...*

Es necesario, dice Marcadé, entender con discreción esta otra máxima, tan frecuentemente citada y que ha sido á las veces mal comprendida: la prueba corresponde al que afirma y no al que niega, *ei qui dicit, non ei qui negat.* Es necesario entender *ei qui dicit* en el sentido de aquel que hace valer una pretensión, que trae al debate una alegación nueva, ya sea negando lo que parecía ser, como afirmando lo que parecía no ser; recíprocamente, *is qui negat* será el que, por una negación ó por una afirmación, contradecirá, rechazará la alegación nueva para mantenerse en el *statu quo.* Los antiguos glosadores entendían de otra manera esta regla, apoyándose sobre un pasaje mal interpretado del Código de Justiniano, llegando á formular esta máxima general: «No tiene que rendir prueba el que niega; to la prueba de una negación es imposible por la naturaleza misma de las cosas.»

La verdadera doctrina, á juicio del articulista, legal, en ésta materia, consiste en que la prueba de los hechos en juicio corresponde á la parte que funda en ellos un derecho ó deduce una relación jurídica que es la base de su acción ó de su defensa.

El Código civil chileno establece en el art. 1698 un principio más amplio y más jurídico que los del derecho romano citados antes, pues al referirse á las *obligaciones*, ha comprendido, indudablemente, los derechos, estando por eso la obligación de probar determinada por la relación jurídica que para una ú otra parte se deriva del *hecho*... En el art. 1698 deben entenderse comprendidos los principios siguientes: El que hace valer un derecho, debe dar la prueba de los hechos necesarios para la existencia ó eficacia de ese derecho; el que quiere hacer valer derechos resultantes de un acto jurídico debe probar que tal acto se ha verificado; el que reclama el efecto jurídico de un estado de hecho, debe probar el hecho que cons-

tituye ó justifica ese estado. Si se alega que aquel derecho, ese acto jurídico ó este estado se han extinguido, anulado ó modificado, la prueba de la extinción, de nulidad ó de la modificación, corresponde al que la opone.

JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ.

---

# ALEMANAS

---

**Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Tübingen.**

(Cuaderno 2.°, 1904.)

ALBERT SCHAEFFLE, COMO SOCIÓLOGO, por el *Dr. Othmar Spann.*

La jóven ciencia de la Sociología lamenta con la muerte de Schaeffle la pérdida de su más significado fundador y promovedor en Alemania. La Sociología es la ciencia que más necesita darse cuenta de lo que cada uno de sus cultivadores ha aportado, y precisamente la obra sociológica de Schaeffle ha sido la menos aclarada y meditada de todas.

Schaeffle es el fundador de la Sociología alemana. Ha roto por primera vez el hielo que cubría las aguas de la ciencia social y hecho el «primer gran intento de una Sociología en Alemania», como dice Schmoller. Si la ciencia alemana se dispone hoy á tomar también la dirección en este terreno, á él se lo debe antes que á nadie.

Ensayemos una enumeración de su posición y servicios en la Sociología. Esto no puede ser, sino de modo incompleto, por faltar aun en nuestra ciencia los fundamentos y escalas adecuados.

Veamos la idea de Sociología en Comte para darnos cuenta de lo que había edificado antes de Schaeffle.

Sociología era para Comte una ciencia que supone todas las otras. Las ciencias se agrupan, según el principio de generalidad descendente ó de complicación ascendente, de este modo: Sociología, Biología, Química, Física, Astronomía y Matemáticas. La Sociología necesita, pues, un suficiente desarrollo y formación de todas las otras. El asunto de la Sociología es la sociedad humana, la humanidad.

Todas las manifestaciones que en su seno se dan, como ciencia, arte, etc., son en la misma medida manifestaciones *sociales*. Toda esa jerarquía de ciencias forma una *unidad* á la que corresponde una *unidad de objeto*, ó sea una *conexión*, (Zusammenhang) de todo lo

existente. Según eso, se ordenan las manifestaciones sociales humanas en una conexión unitaria, cósmica, total. Este pensamiento de Comte es en alto grado significativo para la idea y espíritu de su Sociología. Es el pensamiento de la *fórmula del mundo* de Laplace, la idea, como si la ciencia tuviese que formar un concepto tan general de lo existente, que cada manifestación especial pueda ser reconocida exactamente como un caso especial de tal concepto. Partiendo de esta concepción, y dado el carácter empírico-relativo de su filosofía, puede comprenderse que Comte se prometiera una revolución de todas las ciencias como resultado de la elaboración de la ciencia más general. La Sociología era para él la ciencia que sustituía el punto de vista limitado del individuo por otro de general valor: el de la sociedad; y en cuanto todas las ciencias (manifestaciones sociales) han de ser investigadas sociológicamente, sufrirán una revolución recibiendo el espíritu sociológico en lugar del matemático.

La sociedad humana no era, pues, para Comte otra cosa que un sistema de mutua dependencia; una *conexión común causal* de individuos, y en su cualidad de un superior producto de desarrollo, una formación que representa la continuación del mundo orgánico, un *superorganismo*.

Desde este punto de vista, exigía Comte un estudio coherente de la sociedad, y tenía como infructuoso el estudiar aspectos determinados de la vida social, como hace, por ejemplo, la Economía política. La sociedad es un todo, un solo *nexo total causal*, y sólo de ese todo puede descenderse á lo especial. A esta omnipotencia de la idea de la conexión total causal se unía naturalmente la idea de la conexión evolutiva unitaria del todo social.

Origen de la Sociología de Schaeffle. Tales eran las ideas que movían también á Schaeffle: consideración total unitaria de la sociedad como conexión total evolutiva causal. Quería la unidad en el fraccionamiento y especialización de las disciplinas especiales y la busca é investigación de las manifestaciones fundamentales, simples y generales de la vida social que son comunes á los diversos lados de ésta.

¿Mas puede buscarse en Comte el origen de estas tendencias de Schaeffle? Sería erróneo aceptarlo así estrictamente, porque el punto de vista de la sociedad como todo causal y evolutivo no era en Alemania una cosa nueva en la época del desarrollo de Schaeffle. El único tema de la Filosofía de Hegel era la evolución racional del mundo y de la sociedad como parte suya. Se recibía con la leche de la madre la idea de la Filosofía de la Historia. Mientras Comte descubría para Francia esa concepción, era en Alemania desde Herder

patrimonio común de la cultura. Precisamente entonces, cuando había adquirido en la Filosofía de Hegel una formación más precisa y más rica que en Comte, aparecía dominando en primer término en todos los terrenos; por ejemplo, en la ciencia del Estado con la doctrina de Stein Mohl.

Especialmente, la idea de evolución experimentó después su más alto perfeccionamiento y fundamentación, con el materialismo histórico de Marx hacia el lado sociológico y con el darwinismo en la dirección de las ciencias naturales. Naturalmente, fué el hegelianismo quien se apoderó antes del alma de Schaeffle y dió á sus ideas desde el principio la dirección *sociológica*, es decir, la dirección hacia el *todo*. Podría decirse que *la idea sociológica en el pensamiento social de Schaeffle es de origen hegeliano.*

Los pensamientos capitales de la Sociología anglo francesa (Spencer, Comte), no eran, pues, nuevos en Alemania. Pero hay más; en cuanto al método se da una oposición; la Filosofía de la historia, de Hegel, y la Sociología, de Comte, son en ese aspecto como tesis y antítesis. Es la relación metodológica general entre Filosofía *especulativa* y *positiva*. La Sociología empírica de Comte tenía que obrar sobre la Filosofía de la historia especulativa, como una invasión de ésta por el pensamiento de las ciencias naturales. Hasta el marxismo, nacido de la última, obraba sobre ella en forma análoga (1).

Es de notar especialmente, que cuando Schaeffle planeaba su *Estructura y vida del cuerpo social*, no conocía ni á Comte ni á Spencer en sus trabajos originales (2). Esto no impedía que sus doctrinas ejercieran sobre él influjo. Mucho más actuó sobre Schaeffle como cultivador de la ciencia del Estado la doctrina orgánica de Stein y Mohl. También después Lange y Sotze.

Podría decirse que Comte ha influído predominantemente sobre el carácter empírico de la Sociología de Schaeffle, es decir, *formulando*, mientras Hegel ha influido dando la dirección, *fundamentando*. O de otro modo: la idea de la Sociología de Schaeffle es de origen hegeliano; su carácter empírico é importantes puntos de vista y concepciones proceden de la esfera Comte Spencer, de la ciencia social

(1) Windelband: *Geschichte der Philosophie*. Tübingen, 1900.

(2) Véase el Prólogo de *Bau und Leben*, ... 1874.—Especialmente las obras de Spencer *The study of Sociology* y *Principios de Sociología*, aparecidas en 1873 y 1874, no pudieron influir en el primer tomo de la obra de Schaeffle, que se imprimió en 1874.—Por otra parte, se hallan los pensamientos fundamentales de Schaeffle en escritos suyos anteriores á 1873 (desde 1856).

Stein-Mohl, de la teoría orgánica del Estado, de la Psicología social y de la dirección naturalista de la época en general. Pero todos estos factores aparecen frente á las propias producciones de Schaeffle *como medio* (milieu), *no como elementos de construcción.*

*Ideas fundamentales de la Sociología de Shaeffle.*—Schaeffle consideraba la sociedad como una conexión de conciencia, una relación psíquica de cambio entre los hombres. Substrat externo y corporificación de ese mecanismo psíquico son los bienes, con sus agrupaciones funcionales y las organizaciones con sus funciones. Los bienes deben ser apreciados en sus funciones. Schaeffle distingue: bienes que sirven para el *comercio ideal*, comunicación ó simbolización de ideas (imágenes, grabado, escrito, palabra, sonido, señas, etc.), y bienes que sirven al *comercio práctico.*

Pero al lado del *cambio* de ideas existe la *transmisión* ó *tradición* de unas generaciones á otras, y así aparece la sociedad como conexión espiritual, causal, evolutiva.

La diferenciación formal y estructura funcional de ese compuesto se deduce en cuanto á la organización externa de las funciones de los bienes; y en cuanto á las formaciones psíquico-sociales de las formas fundamentales de la actividad espiritual de los individuos (1).

Hace Schaeffle la clasificación de los bienes según sus funciones (2). La familia es independiente por su condicionalidad psicológica y forma la sociedad elemental, ó célula, con sus funciones (propagación, alimentación y educación).

El mutuo obrar de las funciones hace aparecer los órganos sociales (instituciones). Esos puros sistemas funcionales son las combinaciones sociales fundamentales ó *tejidos*, es decir, las partes elementales que se dan en cualquier institución compleja. Esos *tejidos* son:

1.° Del establecimiento y transporte (relaciones de los órganos sociales con el territorio).

2.° De la protección (prevención, defensa).

3.° De la economía (cambio de materia, como la función orgánica de asimilar y desasimilar en la alimentación).

4.° De la técnica y ejercicio de fuerza (análogo al sistema muscular; vencimiento de lo que se opone á la realización de una idea;

---

(1) Schaeffle ha introducido algunas variaciones en su sistema en los escritos que recientemente publicó en esta misma REVISTA. Desgraciadamente no pudo concluirlos.

(2) Puedo prescindir de detalles, por ser en España bastante conocida la obra *Estructura y vida del cuerpo social.*—*(N. del T.)*

producir y hacer. Así en el Estado, el ejército; en lo particular, una industria).

5.º Del trabajo espiritual (análogo al sistema nervioso; representación y comunicación de ideas y sentimientos, facilitar la percepción, por ejemplo, con informaciones, etc.).

Al lado de esos encadenamientos sociales diferenciados hay otros indeterminados, la coherencia de masas, ó sea uniones elementales no organizadas de personas, establecidas por comercio espiritual ó analogía de intereses. Por ejemplo: la clase, el estado, la nacionalidad de idioma, etc.

Esos cinco tejidos dan lugar á los órganos sociales. En la doctrina de éstos considera Schaeffle su forma (doctrina de las personas sociales) y su nacimiento (doctrina de la organización social).

Los órganos se forman ó por la actividad de los tejidos (órganos de la vida externa) ó por la directa conexión espiritual de los individuos (órganos de la vida espiritual social). Los primeros corresponden á los cinco tejidos enumerados: Establecimiento, Protección, Técnica, Economía, Conciencia social (vida social espiritual). Los segundos se agrupan: Sociabilidad, Educacion y Formación, Ciencia, Bellas Artes, Vida religiosa é Iglesia. A esos dos grupos añade un tercero: Sistema de órganos de la voluntad y poder unos, para el sostenimiento y vida común de la sociedad en general (Gobierno).

El proceso de desarrollo de la sociedad humana es para Schaeffle una continuación y complicación específicas de la lucha por la existencia en los animales. La aniquilación y desalojo como formas de lucha, se convierten luego en contrato y competencia con la consecuencia de división y unión para el trabajo. La adaptación útil predomina sobre la aniquilación. Formase así la civilización, en la cual la contienda, la adaptación y la tradición se perfeccionan en formas cada vez más nobles: derecho, costumbres, moral (1). En el desarrollo de la sociedad distingue Schaeffle cinco grados: poblado fundado en la descendencia de un tronco; sociedad de clases ó feudal; sociedad político-municipal; comunidad territorial y comunidad nacional.

¿Pertenece Schaeffle á la escuela biológica? Hoy se contesta afirmativamente, teniendo en cuenta que en su inducción ha operado Schaeffle con analogía y terminología biológicas; pero en realidad, hay que rechazar categóricamente tal supuesto.

(1) Contiénese aquí en esencia lo que Simmel ha determinado después como doctrina de las formas sociales y á lo cual pretende limitar la Sociología.

Las funciones capitales de los bienes, en el comercio espiritual y en el práctico, no están evidentemente pensadas como orgánicas. Lo mismo ocurre con las funciones especiales del establecimiento, economía, etc.

Si bien Schaeffle ha encontrado para cada una una analogía, sus conceptos no están concebidos como biológicos. No son homologías, sino se emplean más bien como comparaciones aclaratorias, que en el aspecto metodológico pueden, hasta cierto punto, servir de hilos conductores de la inducción posterior.

No puede negarse que Schaeffle ha descuidado con frecuencia hacer una separación escrupulosa entre la analogía como auxiliar de la inducción y de la percepción clara y como directa homología; es decir, que ha ido demasiado lejos en el empleo de la analogía. Mas la conclusión de que la estructura primordial de su sociología muestre una homología biológica, es contraria á todas las ideas fundamentales de su doctrina. Sociedad es para él relación de cambio psíquico entre individuos; y el mundo de los bienes es la disposición externa para tal cambio. ¿Dónde está ahí el concepto de organismo?

*La analogía orgánica es en Schaeffle tan sólo un exceso técnico metodológico de significación secundaria.*— En el curso de sus trabajos ha ido desembarazándose de ella cada vez más, hasta evitarla últimamente por completo (últimas ediciones de «Bau und Leben» y especialmente en «Landwirts haftsbedrägnis»). En innumerables lugares de la primera edición de «Bau und Leben» aparece con qué claridad y decisión rechazó Schaeffle desde el principio la concepción orgánica (1).

La opinión que coloca á Schaeffle entre los partidarios de la escuela orgánica, ha llevado á mirarle como discípulo de Spencer. Especialmente Paul Barth ha afirmado una dependencia general de éste. Pero sin razón. La primera posición del problema es ya en ambos diferente: Spencer pregunta por la *unidad social* que por su amontonamiento, al modo de células en el organismo, ha de formar el *agregado social*; Schaeffle, al contrario, pregunta por la naturaleza elemental del gran conexo general social. No es este para él una acumulación físico-orgánica, sino un nuevo mundo psicológico de fenómenos.

Tampoco concebía Schaeffle la Sociología al modo de Spencer, como ciencia *deductiva* que partiendo del individuo (unidad ó átomo social), ha de remontarse hasta el agregado *sociedad*. Al contrario,

(1) Por ejemplo, en el Prólogo, páginas VII y VIII; al final del tomo I, págs. 827 y 828, y en otros muchos lugares (págs. 33, 94 y siguientes, 833, 836, 839 y siguientes, etc.).

partió, como Comte, del *todo* para perseguir, en la intuición, sus detalles y ramificaciones.

Ni aun siquiera el estímulo para el empleo de la analogía puede atribuirse á Spencer, sino más bien á la obra de P. v. Lilienfeld, *Pensamientos sobre la ciencia social del porvenir*, aparecida en lengua alemana (1873 y siguientes).

Además, la concepción orgánica es un antiquísimo método científico que en Alemania tenía ya tras sí una vieja tradición, y que precisamente entonces celebraba orgías formales en el campo de la ciencia del Estado (Bluntschli).

Por último, basta comparar la originalidad y fuerza imaginativa de Schaeffle en el empleo de analogía, con el penoso fastidiar de Spencer, para reconocer el influjo mínimo de éste.

Lo que Spencer aventaja á Schaeffle y lo que dió tal fama á su Sociología, no está en el campo de ésta. Está en la circunstancia (sin duda relevante) de que dió á la Sociología un fundamento inmediato en su filosofía, que es de carácter teorético descendente. Mas estos son otros servicios. Como sociólogo está muy detrás de Schaeffle.

La extendida opinión del naturalismo biológico y la dependencia de Spencer en Schaeffle ha contribuido á pasar por alto el trabajo sociológico de éste. Es también parte para ello, el que, «Estructura y vida», es una obra no comprensible por completo sin un estudio profundo y preparación conveniente. Llegando con paciencia á lo que constituye su grano se aprecian sus profundos rasgos filosófico-religiosos.

Aunque el pensamiento de Schaeffle se dirigía siempre á la conexión superior, su fuerza natural no estriba en la abstracción y deducción desnudas, sino en la *intuición*. Tenía siempre delante la vida social humana en su conexión cósmica; pero no se orientaba en los últimos principios para deducir de ellos; no violenta los hechos, no los *comprende à priori*, no los comprende en modo alguno, sino los *percibe* (1).

Pudo recibir sólo impulsos fundamentales generales de Hegel (y respectivamente de Comte), que le incitasen á la intuición del mundo de los fenómenos sociales y le prestasen un apoyo filosófico. La idea general de la vida y el devenir sociales unitarios la recibió de Hegel; pero la concepción original y la ejecución completa, hecha

(1) Sein Denken war zwar philosophischer aber nicht erkenntnistheoretischer Natur.

con excepcional fuerza inductiva intuitiva, fué obra suya exclusiva.

Si Hegel presentó la idea de una ciencia del mundo fenomenal uno, supraorgánico, «Sociedad»; si Comte la formuló por vez primera como Sociología, es decir, la colocó sobre base empírica, Schaeffle ha realizado la primera etapa de ejecución.

Así ha ido Schaeffle mucho más allá que Comte y especialmente que Spencer. Comte no llegó á un análisis de las formas y funciones de los hechos sociales. A Spencer le faltaron los conocimientos profundos científico-sociales que no podían compensar los étnicos y científico naturales.

La obra sociológica de Schaeffle sirve de complemento al materialismo histórico de Marx. Si éste comprendió por vez primera la gran conexión *evolutiva* de los fenómenos sociales, Schaeffle descubrió ó tocó de cerca, como problema, su correlativo: la gran conexión *funcional* y diferenciación primordial de los fenómenos sociales.

Marx fué el maestro del problema dinámico; Schaeffle el del problema estático de la Sociología.

Otro aspecto significativo de la Sociología de Schaeffle consiste en su original penetración del pensamiento socialista por la idea del colectivismo gremial.

Lo mejor de lo que Schaeffle dió, no ha germinado aún en el campo de la ciencia alemana. Su espíritu y su doctrina continúan obrando en múltiples maneras, abierta y ocultamente, en la moderna literatura sociológica de Alemania. La fundamentación de la Sociología de Simmel como *doctrina de la forma social*, aunque sea de otro lado propia suya, tiene sus raíces en el análisis que hace Schaeffle de la lucha por la existencia; también la doctrina social de tiempo y espacio de éste, ha hallado en Simmel un continuador. La llamada Economía técnica, de que tantos ensayos se han hecho en los últimos tiempos, está calcada en la Sociología de Schaeffle. A pesar de ello, contiene ésta aún muchos tesoros ocultos é inexplotados.

JOSÉ CASTILLEJO.

Berlín, Mayo 1904.

# ÍNDICE

## I.—Filosofía del Derecho, Sociología y Estudios generales.


Páginas.

**Giner de los Ríos** (F.).—Principios del derecho conyugal... 5
**Estasén** (P.)—Derecho consuetudinario de Cataluña..... 19
**Posada** (A.).—La voluntad del Estado..... ..... 26
—— Crónica del movimiento sociológico..... 113 y 513
**Durkein y Fauconnet** (E. y P.).—Sociología y ciencias sociales..... ..... .. .. 130 y 301
**Sempere y Olivares** (J. M.).—La política y el Estado según el Profesor F. E. Giddins..... 164
**Posada** (A.).—Sociología: Alberto E. Schaeffle..... 289
**Gascón y Marín** (J.).—Estudios sociales.—Las agencias de colocación en Francia.—El proyecto de ley sobre pago de salarios..... 323
**Jay** (R).—La protección legal de los trabajadores.... 351 y 490
**Rivera** (F. L.).—Algunas notas sobre la idea kantiana del derecho natural ..... 369
**Albornez** (A.).—El colectivismo y la evolución industrial.. 481


## II.—Derecho civil.


**Calderón** (M.).—Presunción de muerte..... 249
**González Rebollar** (H.).—Sobre mejoras á los nietos en vida de su padre..... 409 y 525


## III.—Derecho mercantil.


**Benito** (L.).—Formas que pueden adoptar las sociedades mercantiles..... 540
**Falgueras y Ozaeta** (J.).—Apuntes jurídico-mercantiles. —Cuestiones que origina el contrato de transporte..... 395


## IV.—Derecho penal.


**González del Alba** (P.).—La intención en los delitos y su estimación por el Jurado..... 43
**Groizard** (A.).—El positivismo en el derecho penal..... 209

Páginas.

**Colón** (E. C.).—Sobre la formación del personal penitenciario..... 226
**Romero de Tejada** (J. G.).—Gitanerías..... 382
—— La escuela italiana en orden á la individualización de la pena..... 158

## V.—Derecho internacional.

**Valverde** (C.).—Proyecto de Código civil del Brasil..... 104
**Covián** (V.).—El exequátur de las ejecutorias procedentes de los Tribunales italianos..... 190
**Fernández de Azcue** (R.).—El principio de las nacionalidades en el derecho internacional..... 463

## VI.—Derecho procesal.

**González del Alba** (P.).—El resumen presidencial ante el Jurado..... 236
**García Fernández** (J.).—Acumulación de autos..... 433

## VII.—Noticias bibliográficas.

**Benlloch** (F. J. J.).—La propiedad inmueble improductiva. 102
—— La cuestión social y las escuelas socialistas..... 102
**Brugada** (V. P.).—Etude historique et critique sur les Jeux de Bourse et Marchés á terme..... 185
**Corrales** (E.).—La república en Barcelona..... 184
**Dorado** (P.).—Della reparazione del danno nella funcione punitiva..... 180
—— Trattato di diritto penale..... 279
**García Herreros** (E.).—Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo..... 280
—— Etudes de droit commun legislatif ou de droit civil comparé..... 283
**González del Alba** (P.).—El crédito agrícola. Cajas rurales de préstamos..... 98
—— Los accidentes del trabajo y el seguro de accidentes..... 100
—— Ensayos de Política y Administración..... 181
—— Teorías penales..... 183
—— Manuales sociales y Crónicas del trabajo..... 285
—— Defensa obligada contra acusaciones gratuitas..... 365
—— Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal..... 365
**Estades** (D.).—La última carta pastoral..... 288
**Ortiz Arce** (D.).—Estudios de filosofía política..... 286
—— Las ciudades del siglo XX y los monopolios de servicios públicos..... 367

Páginas

**Torres Campos** (M.).—L'Afrique nouvell..... .... 195
—— La France et les autres nations latines en Afrique.... 197
—— La enseñanza del Derecho internacional privado en la República Argentina ..... ..... ..... 198
—— Conférence inaugurale du Cours de Droit internationale privé.. .. ..... ..... 198
—— Bulletin argentin de Droit international privé..... 198
—— *Correspondencia diplomática* sobre violaciones de la neutralidad por las Autoridades de Venezuela The Beginnings of an official european Code of private international Law..... ..... ..... ..... 205
—— Osservazioni sul secondo ca poverso dell' art. 9.° del Codice penale italiano..... 207
—— Dell' esecutoria in Italia delle sentenze straniere di divorzio..... 207
**X.**—Guía para el estudio y enseñanza de la criminología.... 363

VIII.—Revista de revistas jurídicas.

**García Fernández** (J.).—Españolas..... 57, 258, 352 y 444
—— Hispano-americanas..... 62, 263, 361, 447 y 563
**Benlloch** (F. J. J.).—Francesas..... 67 y 450
**Bernaldo de Quirós** (C.).—Italianas..... 79, 276 y 454
**Castillejo** (J.).—Alemanas..... ..... 83, 457 y 565